



---

**Mitteilungen zum Mietrecht**  
Auszüge aus Gerichtsentscheiden

---

**Communications concernant  
le droit du bail**  
Extraits de la jurisprudence

---

**Comunicazioni concernenti  
il diritto di locazione**  
Estratti di giurisprudenza

## **Impressum**

### **Herausgeber / Edité par / Edito da**

Bundesamt für Wohnungswesen BWO / Office fédéral du logement OFL /  
Ufficio federale delle abitazioni UFAB

Storchengasse 6, 2540 Grenchen  
Tel. +41 58 480 91 11, Fax +41 58 480 91 10  
info@bwo.admin.ch, www.bwo.admin.ch

### **Download**

www.bwo.admin.ch

### **Redaktion / Rédaction / Redazione**

Daniel Stähli, Adrian Kägi, Aldiana Mazza, Barbara Ballmer, BWO/OFL/UFAB

### **Gestaltungskonzept / Conception graphique / Concetto grafico**

Hahn+Zimmermann, Bern

### **Zitierweise / Mode de citation / Metodo di citazione**

*Mitteilungen zum Mietrecht, Auszüge aus Gerichtssentscheiden, Band 59, 1/2019.* Bundesamt für Wohnungswesen, Grenchen.

*Communications concernant le droit du bail, Extraits de la jurisprudence, volume 59, 1/2019.* Office fédéral du logement, Granges.

*Comunicazioni concernenti il diritto di locazione, Estratti di giurisprudenza, volume 59, 1/2019.* Ufficio federale delle abitazioni, Grenchen.

### **Anmerkung / Remarque / Note**

Die auszugsweise wiedergegebenen Urteile stellen eine Auswahl des Redaktionsteams dar, welche anonymisiert und sprachlich geringfügig vereinheitlicht worden sind.

Les jugements sélectionnés par les rédacteurs sont reproduits sous forme d'extraits qui ont été rendus anonymes et légèrement standardisés sur le plan linguistique.

I giudizi riprodotti in estratti rappresentano una selezione della redazione, resa anonima e leggermente standardizzata linguisticamente.

---

# Vorwort

Geschätzte Leserinnen und Leser

Nach 20 Jahren im gleichen Layout, erscheint der vorliegende Band 59 der Mitteilungen zum Mietrecht erstmals im neuen, modernen Corporate Design des BWO. Eine weitere Neuerung betrifft den Lead der publizierten Urteile, der nun jeweils dreisprachig vorliegt.

Gleich geblieben ist hingegen das Ziel dieser Fachpublikation: Unserer treuen Leserschaft eine breit gefächerte Auswahl an kantonalen Urteilen vorzustellen, welche interessante Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen behandeln. Dabei versuchen wir stets, die Gerichtspraktiken der verschiedenen Schweizer Sprachregionen abzubilden, um so einen Beitrag zur Fortbildung der kantonalen Rechtsprechung zu leisten. Gleichzeitig erfüllen wir mit der Fachpublikation unseren Verordnungsauftrag, kantonale Urteile in geeigneter Form zu publizieren (vgl. dazu Art. 23 VMWG). Um diesen Auftrag zu erfüllen, sind wir auf die Mithilfe der kantonalen Gerichte angewiesen, die uns die betreffenden Urteile zusenden. Dafür sprechen wir an dieser Stelle unseren Dank aus. Neue kantonale Urteile und redaktionelle Anregungen nehmen wir gerne per Post (Storchengasse 6, 2540 Grenchen) oder E-Mail ([recht@bwo.admin.ch](mailto:recht@bwo.admin.ch)) entgegen.

Wir wünschen Ihnen gute Lektüre.

---

# Avant-propos

Chères lectrices, chers lecteurs,

Après 20 ans sous la même forme, les Communications concernant le droit du bail paraissent pour la première fois avec la nouvelle identité visuelle de l'OFL, plus moderne. Une autre innovation concerne le chapeau des arrêts publiés, désormais disponible en trois langues.

L'objectif de cette publication spécialisée, quant à lui, n'a pas changé: présenter à nos fidèles lecteurs un large éventail de jugements cantonaux portant sur des questions juridiques intéressantes en matière de bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux. Nous nous attachons à montrer les pratiques judiciaires des différentes régions linguistiques suisses, dans un souci développement formatif. Cette publication nous permet en outre de remplir le mandat de publier les jugements cantonaux de manière appropriée que nous assigne l'ordonnance (art. 23 OBLF). Pour mener à bien cette mission, nous sommes liés à l'aide des tribunaux cantonaux, qui nous font parvenir les décisions relatives au droit du bail. Qu'ils en soient remerciés au travers de ces lignes. Nous nous réjouissons de recevoir par courrier postal (Storchengasse 6, 2540 Granges) ou par voie électronique (recht@bwo.admin.ch) les nouveaux jugements cantonaux ainsi que vos suggestions rédactionnelles.

Bonne lecture !

---

# Prefazione

Cari lettori,

le Comunicazioni concernenti il diritto di locazione, pubblicate per 20 anni nella stessa veste, appaiono per la prima volta con il nuovo e moderno Corporate Design dell'UFAB. Un'altra novità riguarda il cappello delle sentenze pubblicate, ora disponibile in tre lingue.

L'obiettivo di questa pubblicazione specializzata è rimasto lo stesso: presentare ai nostri fedeli lettori un'ampia scelta di sentenze cantonali su questioni giuridiche interessanti in materia di locazione di locali d'abitazione o commerciali. Cerchiamo sempre di riflettere le prassi giudiziarie delle varie regioni linguistiche svizzere per contribuire all'ulteriore sviluppo della giurisprudenza cantonale. Allo stesso tempo, adempiamo al nostro mandato di pubblicare le sentenze cantonali in forma adeguata (cfr. art. 23 OLAL). Per farlo, ci serve l'aiuto dei tribunali cantonali, che ci inviano le relative sentenze. In questa sede cogliamo dunque l'occasione per ringraziarli. Saremo lieti di ricevere per posta (Storchengasse 6, 2540 Grenchen) o per e-mail ([recht@bwo.admin.ch](mailto:recht@bwo.admin.ch)) nuove sentenze cantonali e suggerimenti redazionali.

Buona lettura!



---

# Inhaltsverzeichnis

## Table des matières

### Indice

---

## 1 Nuovo contratto di locazione per atti conclusivi

Se, dopo la fine del contratto, il locatore dimostra al conduttore di non avere alcuna intenzione alla conclusione di un nuovo contratto, ad esempio avviando tempestivamente la procedura di espulsione, solo al fatto di aver accettato il pagamento da parte del conduttore di importi pari al canone di locazione, non può essere attribuita valenza decisiva (consid. 3.2).

Art. 253 ss. CO

8

---

## 2 Ersatz der Schliessanlagen nach Schlüsseldiebstahl

Stiehlt ein Einbrecher einen registrierten Wohnungsschlüssel, der ebenso Zugang zu den allgemeinen Räumlichkeiten wie etwa dem Treppenhaus oder dem Kellerabteil ermöglicht, stellt dies in einer Liegenschaft mit hohem Sicherheitsstandard einen erheblichen Mangel dar. Die Anpassung der Schliessanlagen der allgemeinen Räumlichkeiten ist verhältnismässig und für die Vermieterin zumutbar, wenn die Kosten voraussichtlich auf etwas mehr als Fr. 1000.- zu stehen kommen und den Mietern keine zusätzlichen Schlüssel abgegeben werden müssen (E. 2.b).

Art. 259 ff. OR

12

---

## 3 Invocation tardive de défauts - comportement contraire à la bonne foi

L'invocation par le locataire de prétendus défauts, existant depuis la conclusion du contrat, mais renouvelée cinq ans plus tard pour tenter de faire obstacle à l'entrée en vigueur d'une hausse de loyer convenue à la conclusion du contrat dénote un comportement contraire à la bonne foi. Les dispositions en matière de défaut de la chose louée ont en effet pour vocation de protéger le locataire en cas d'objet devenu défectueux en cours de bail; elles ne sauraient être utilisées par le locataire pour faire échec aux effets d'un échelon convenue en bonne et due forme et non remis en cause par une contestation de loyer initial.

Art. 259a CO, art. 2 al. 1 CC

18

---

## 4

### Sous-location

Une locataire, qui utilise depuis neuf ans un logement considéré comme pied-à-terre à raison d'une occupation de six à huit jours par mois et dont elle n'assume qu'une faible partie des coûts, abuse de son droit de sous-louer, pour conserver la mainmise sur un logement à un prix raisonnable en prévision d'un retour à Genève qui reste aléatoire.

Art. 262 CO

22

---

## 5

### Transfert de bail commercial - transfert de garantie

Lorsque la sous-bailleresse a accepté le transfert du bail en faveur d'un nouvel exploitant et signé avec celui-ci un nouveau contrat d'exploitation, il en est résulté qu'en exécution de ce contrat de transfert, le nouvel exploitant est devenu titulaire de tous les droits découlant du bail, soit y compris de la créance portant sur la garantie de loyer.

Art. 257e, 263 CO

27

---

## 6

### Congé ordinaire et congé extraordinaire

La résiliation intervenue pour l'échéance contractuelle du bail doit être considérée comme une résiliation ordinaire (art. 266a CO) et non une résiliation extraordinaire (art. 257f CO), même si elle intervient dix jours après une mise en demeure. En effet, tant dans la mise en demeure que dans l'avis de résiliation il n'a pas été fait mention de l'art. 257f CO et le fait qu'il ait été demandé à la locataire de cesser « immédiatement » ses agissements n'est pas suffisant à considérer que la mise en demeure s'inscrivait dans le cadre de la disposition précitée.

Art. 257f, 266a CO

30

---

## 7

### Kündigungsschutz bei einem gemischten Vertrag

Bei einem Aufenthaltsvertrag für betreutes Wohnen – i.S. eines gemischten Vertrages – kommt im Streitfall die sog. Kombinationstheorie zum Tragen (E. 3.5.2). Lässt sich der Alltag in einem Wohnheim trotz Betreuungsangebots weitgehend autonom gestalten und ist im Hinblick auf die Kündigung die Interessenslage der Bewohner primär darin zu sehen, dass sie durch die Wohngruppe ein Zuhause haben, so finden die Formvorschriften und Kündigungsschutzbestimmungen des Mietrechts Anwendung. Insbesondere wenn es sich bei den Bewohnern um wirtschaftlich und sozial schwächere Parteien handelt (E. 3.6.3-3.6.6).

Art. 266I ff., 271 ff. OR

33



## 8

### Augmentation de loyer

Face à une formule officielle d'augmentation de loyer comportant des contradictions, les locataires ne sont pas en mesure de comprendre quel est le motif précis de l'augmentation qui leur est signifiée, ni quel est le montant de la hausse qu'il est possible de contester dans les trente jours (augmentation de Fr. 20.- pour une année ou trois échelons annuels de Fr. 20.-, soit Fr. 60.-). Il est de plus fait mention « pour information seulement » d'un TIH de 2 % et d'un IPC de 159,7 qui ne peut qu'achever de troubler le locataire, qui n'est pas en mesure de saisir la portée réelle de l'augmentation de loyer.

Art. 269d CO

38

## 9

### Formalisme excessif

En choisissant de mentionner comme partie défenderesse la régie et en déclarant irrecevable la requête de conciliation au motif que celle-ci n'indiquait pas l'identité du bailleur, la Commission a fait preuve d'un formalisme excessif. En effet, le vice pouvait être réparé d'office à la simple lecture de l'avis de résiliation faisant l'objet de la contestation. Au vu des circonstances particulières du cas d'espèce, il apparaît que la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, étant relevé que la locataire, qui plaide en personne, risque en outre de perdre son droit matériel en raison de l'écoulement du délai de péremption de l'art. 273 CO.

Art. 271 ss. CO, art. 29 al. 1 Cst

41

## 10

### Erstreckung eines befristeten Mietverhältnisses bei Geschäftsräumen

Alleine die Vereinbarung einer kurzen Mietdauer von drei Monaten stellt für die Mieterin eine gewisse Härtesituation dar. Dies gilt selbst dann, wenn für sie während des vorherigen ebenso befristeten Mietverhältnisses absehbar war, dass ein baldiges definitives Mietende bevorsteht und anderweitige Suchbemühungen entsprechend früh eingeleitet hätten werden können (E. 3.4 und 3.7).

Zum Nachweis der schwierigen örtlichen Marktverhältnisse für Geschäftsräume müssen substantiierte Ausführungen gemacht werden. Eine blosse Auflistung interessanter (nicht erhaltener) Ersatzobjekte reicht hierfür nicht aus (E. 3.5).

Art. 272 ff. OR

43

---

## Nuovo contratto di locazione per atti concludenti

Se, dopo la fine del contratto, il locatore dimostra al conduttore di non avere alcuna intenzione alla conclusione di un nuovo contratto, ad esempio avviando tempestivamente la procedura di espulsione, solo al fatto di aver accettato il pagamento da parte del conduttore di importi pari al canone di locazione, non può essere attribuita valenza decisiva (consid. 3.2).

---

### Neuer Mietvertrag durch konkludentes Handeln

Signalisiert der Vermieter dem Mieter nach Ablauf des Mietvertrags, dass er diesen nicht erneuern will, beispielsweise indem er rechtzeitig das Ausweisungsverfahren einleitet, gilt allein die Tatsache, dass der Vermieter vom Mieter die Zahlung eines Betrags in der Höhe des Mietzinses angenommen hat, nicht als konkludentes Handeln (E. 3.2).

---

### Nouveau contrat de bail par acte concluant

Si, après la fin du contrat, le bailleur informe le locataire qu'il n'a pas l'intention de conclure un nouveau contrat, par exemple en engageant la procédure d'expulsion dans les temps, le seul fait d'avoir accepté le paiement par le locataire de sommes égales au loyer n'a pas valeur d'acte concluant (consid. 3.2).

## Ritenuto in fatto

Il 23 gennaio 1989 la locatrice e la conduttrice sottoscrivevano un contratto di locazione avente per oggetto una superficie commerciale (aggiunti due posteggi).

Con decisione del 16 marzo 2016, cresciuta in giudizio, il Pretore di Locarno-Città ordinava l'espulsione della conduttrice dall'ente locato, a seguito di disdetta per mora. Il 26 aprile 2016 l'amministrazione rappresentante la locatrice si rivolgeva alla conduttrice, indicandole che, onde permetterle di trovare una superficie alternativa, la locatrice le concedeva una proroga fino al 31 luglio 2016 a patto che tutte le pigioni venissero saldate regolarmente. In più la informava che, qualora le pigioni non venissero saldate in tempo, la locatrice avrebbe richiesto la regolare esecuzione dello sfratto senza ulteriori protrazioni.

Il 25 luglio 2016 la conduttrice chiedeva una proroga dell'espulsione sino al 30 novembre 2016. In risposta a questa richiesta e con scritto del 26 luglio 2016, l'avvocato della locatrice informava l'avvocato della conduttrice che la locatrice era disposta a prorogare gli effetti dell'espulsione sino al 30 novembre 2016. Egli ricordava altresì, che la proroga non costituiva né una nuova locazione, né una proroga del contratto precedente e non costituiva una rinuncia al decreto di espulsione. In più faceva valere che i pagamenti da effettuare mensilmente dalla conduttrice costituivano delle indennità di occupazione corrispondenti alle polizze di versamento, ma senza alcuna valenza locativa.

Il 2 settembre 2016 ed il 1° dicembre 2016 la locatrice trasmetteva alla conduttrice i conteggi, con relative polizze per pagamento. I conteggi venivano titolati «Canone d'affitto», ma accanto all'importo relativo al negozio veniva riportata la dicitura «Risarcimento danni». Avendo la conduttrice versato gli importi tardivamente ben due volte, la locatrice aveva nuovamente chiesto l'espulsione.

Nel frattempo, il 28 febbraio 2017, la conduttrice dava avvio all'azione giudiziaria davanti alla Pretura di Locarno-Città, postulando l'accertamento che fra le parti era «stato concluso, per atti concludenti, un nuovo contratto di locazione di locali commerciali, compresi due posteggi esterni laterali e quattro posteggi esterni e le autorimesse, [...] per tempo indeterminato ma per almeno tre anni.»

## Considerato, in diritto

2. [...] La locatrice assevera che l'interesse degno di protezione all'accertamento non sarebbe dato poiché sarebbe in concreto chiara «l'inesistenza di un rapporto contrattuale fra le parti». Ora. Così facendo, essa non si avvede di come stia precorrendo il giudizio finale, facendo assurgere a canone di verità quanto da essa affermato, misconoscendo che la valutazione circa le tesi contrastanti delle parti (nuovo contratto sì / nuovo contratto no) è proprio, come accennato, il tema dell'azione di accertamento qui in discussione.

3. La conduttrice sostiene che fra le parti sarebbe sorto un nuovo contratto, per atti concludenti, avendo la locatrice accettato senza riserve il pagamento delle pigioni di dicembre 2016 e gennaio 2017, avvenuto il 9 novembre 2016, rispettivamente il 29 novembre 2016.

3.1 Di principio, la conclusione di un contratto di locazione non presuppone l'ossequio della forma scritta, la concorde manifestazione della reciproca volontà potendo anche avvenire in forma orale o tacita, per atti concludenti (art. 1 CO; LACHAT, *Le bail à loyer*, ed. 2008, pag. 179, n. 4.1.1 e segg.).

Ad ogni buon conto, la stipulazione in forma tacita di un (nuovo) contratto di locazione deve essere ammessa con cautela (v. TF 27 aprile 2005, inc. 4C.441/2004, consid. 2.1 e riferimenti ivi), segnatamente dopo la notifica di una disdetta (v. GIAVARINI, in MRA 2005, pag. 37, sub cifra 3. Kommentar).

Nel caso che ci occupa, assodata è la circostanza secondo cui l'originario contratto di locazione che legava le parti qui in causa abbia preso fine il 31 dicembre 2015 a seguito di disdetta per mora esplicitata dalla locatrice. Una disdetta, in quanto diritto formatore, è irrevocabile anche in presenza del consenso della controparte. Al più, si può quindi solo ipotizzare, in concreto, la conclusione di un nuovo contratto per atti concludenti (v. mp 2005, pag. 39, consid. 3.2).

3.2 La conclusione tacita secondo l'art.1 cpv. 2 CO di un nuovo contratto di locazione dopo una disdetta, presuppone che il locatore – durante un lasso di tempo relativamente lungo – abbia rinunciato (recte: omesso) di far valere la disdetta stessa e di chiedere la restituzione dell'ente locato, accettando nel contempo regolarmente il versamento della pigione senza riserve e osservazioni (DTF 119 II 147; TF 28.3.1995, pubblicata in mp 1995, pag 164;

TF 27.4.2005, inc. 4C.441/2004, consid. 2.1; GIAVARINI, op. cit., loc. cit.).

Non vi è margine per riconoscere la stipulazione tacita di un nuovo contratto allorché il locatore, dopo la fine del contratto originario, fa capire in modo chiaro al conduttore di non essere interessato alla conclusione di un nuovo accordo, ad esempio avviando tempestivamente la procedura di espulsione. Se il locatore ha segnalato per iscritto al locatario questo suo disinteresse, promuovendo, in più, la procedura di espulsione, non può essere attribuita valenza decisiva al solo fatto di aver senza riserve accettato il pagamento da parte del conduttore di importi pari al canone di locazione (GIAVARINI, op. cit., loc. cit., con riferimento a TF 6.7.2004, inc. 4C.198/2004; MRA 2004, pag. 122).

La valutazione del giudice a sapere se per atti concludenti possa considerarsi sorto un nuovo contratto, va operata tenuto conto di tutte le circostanze del singolo caso. L'aspetto temporale, vale a dire quello dell'attesa del locatore a promuovere l'espulsione, non è l'unico decisivo (v. il CCA 11.4.2003, inc. 12.2002.135, consid. 2).

3.3 In base al principio dell'affidamento – secondo cui le dichiarazioni e i comportamenti delle parti devono essere interpretati allorché la loro reale e comune volontà non possa venir determinata o sia divergente – va ricercato il senso che, in virtù delle regole della buona fede, ogni parte poteva e doveva ragionevolmente dare alle dichiarazioni e/o ai comportamenti dell'altra, tenuto conto dell'insieme delle circostanze (DTF 135 III 410, consid. 3.2; 131 III 606, consid. 4; il CCA 26.2.2016, inc. 12.2014.184, consid. 7.1).

4. Nella fattispecie, un esame più approfondito delle tavole processuali – rispetto a quello, di mera verosimiglianza, operato in sede di procedimento cautelare – consente di giungere alla conclusione secondo cui non può dirsi che fra le parti qui in causa sia sorto un nuovo contratto di locazione.

4.1 Anzitutto va rilevato che, a fronte di una disdetta inviata alla conduttrice con effetto al 31 dicembre 2015, la locatrice ha avviato la procedura di espulsione nei confronti della locataria già in data 10 febbraio 2016. Il 16 marzo 2016 il Pretore di Locarno-Città ha poi emesso la decisione di espulsione.

Su richiesta della conduttrice medesima, il 29 aprile 2016 la qui locatrice concedeva una «proroga sino al 31 luglio 2016» dell'esecuzione dello sfratto, al fine di permettere alla ditta conduttrice di «trovare una superficie alternativa», a condizione che «tutte le pigioni venissero puntualmente saldate». Nella lettera inviata alla condut-

trice, la locatrice ribadiva il fatto che «al più tardi entro il 31 luglio 2016 i locali» avrebbero dovuto essere consegnati e che, in caso di mancato pagamento delle pigioni di maggio - luglio 2016, la proprietaria avrebbe fatto valere la decisione di espulsione del 16 marzo 2016.

4.2 Sempre al fine di favorire la conduttrice e sempre su richiesta di quest'ultima, il 26 luglio 2016 la locatrice, per il tramite dell'avv. dr. M, concedeva alla locataria (tramite l'avv. D) una ulteriore proroga del termine di riconsegna dei locali sino al 30 novembre 2016.

Nello scritto – che, come detto, veniva trasmesso al legale della conduttrice, e quindi a persona cognita di questioni giuridiche che non poteva certo equivocare le chiare puntualizzazioni della locatrice – l'avv. M. precisava che «la proroga non costituisce una nuova locazione, non costituisce una proroga del precedente contratto e non costituisce una rinuncia al decreto di espulsione». Egli rilevava altresì che, comunque, la conduttrice avrebbe dovuto versare sino al 30 novembre 2016 «delle indennità di occupazione mensile che corrispondono alle polizze di versamento anche se tali importi non hanno valenza locativa». In sostanza, la locatrice chiariva il fatto che le polizze (e, di converso, i conteggi) mensili che sarebbero stati trasmessi alla conduttrice per i successivi mesi, pur essendo uguali a quelli allestiti e inviati durante la locazione e sino al 31 luglio 2016, non avevano valenza di canoni locativi bensì di indennità di occupazione dei locali.

4.3 Ora. Da solo, il fatto di aver inviato già il 2 settembre 2016 alla locataria anche il conteggio (sul quale peraltro era precisato seppure in modo non del tutto adamantina – che si trattava di un importo per «risarcimento danni») e la polizza concernente la mensilità di dicembre 2016 e di aver ricevuto/accettato il pagamento di questa mensilità avvenuto il 9 novembre 2016, è irrilevante e comunque insufficiente per far ritenere che la locatrice avesse rinunciato a mettere in atto l'espulsione rispettivamente per far ritenere che fra le parti, dal 1. dicembre 2016, fosse sorto un nuovo contratto di locazione in forma tacita.

Ciò a maggior ragione se si considera che telefonicamente, il 30 novembre 2016 (con comunicazione all'avv. D), l'amministrazione della locatrice aveva preannunciato e ribadito la messa in atto dell'espulsione. Intenzione, questa, confermata con lettera 1. dicembre 2016 dell'amministrazione della locatrice alla conduttrice, in cui si fissava per il 5 dicembre 2016 alle ore 10.00 la data di riconsegna dei locali.

Non è quindi conferente affermare che la conduttrice abbia potuto in buona fede interpretare l'invio da parte

della locatrice avvenuto il 15 novembre 2016, quindi prima del contatto telefonico del 30 novembre 2016 e della lettera 1. dicembre 2016 – delle polizze di versamento per i mesi di gennaio, febbraio e marzo 2017, quale rinuncia all'espulsione e quale conclusione di un nuovo contratto. Neppure l'«accettazione» da parte della locatrice dei pagamenti delle «pigioni» di dicembre 2016 (pagamento avvenuto il 9 novembre 2016) e di gennaio 2017 (eseguito su ordine della banca della debitrice il 29 novembre 2016, ma verosimilmente ricevuto solo un paio di giorni dopo dalla creditrice, quando quest'ultima aveva già ribadito di voler eseguire l'espulsione), possono essere decisivi per la tesi attorea e possono offuscare le chiare espresse intenzioni della locatrice di chiedere la liberazione dei locali.

Ancora meno possono essere decisivi i pagamenti effettuati dalla conduttrice per il mese di febbraio 2017 (pagamento del 13 dicembre 2016), per il mese di marzo 2017 (avvenuto il 16 febbraio 2017), nonché per i mesi successivi. Si tratta di versamenti che la locatrice aveva ben ragione di incassare e di accettare, a titolo di indennità risarcitoria di occupazione dei locali, stante come la conduttrice avesse chiesto e ottenuto dal giudice – già il 2 dicembre 2016 – di inibire (super)cautelatamente la messa in atto da parte della locatrice della decisione di espulsione.

5. In esito, la petizione deve essere respinta, non potendosi ritenere accertato che fra le parti sia sorto per atti concludenti un nuovo contratto di locazione a partire dal 1. dicembre 2016. [...]

---

Decisione del Pretore della Giurisdizione di Locarno-Città del  
30 ottobre 2017 (OR.2017.5)

---

---

## Ersatz der Schliessanlagen nach Schlüsseldiebstahl

Stiehlt ein Einbrecher einen registrierten Wohnungsschlüssel, der ebenso Zugang zu den allgemeinen Räumlichkeiten wie etwa dem Treppenhaus oder dem Kellerabteil ermöglicht, stellt dies in einer Liegenschaft mit hohem Sicherheitsstandard einen erheblichen Mangel dar. Die Anpassung der Schliessanlagen der allgemeinen Räumlichkeiten ist verhältnismässig und für die Vermieterin zumutbar, wenn die Kosten voraussichtlich auf etwas mehr als Fr. 1000.- zu stehen kommen und den Mietern keine zusätzlichen Schlüssel abgegeben werden müssen (E. 2.b).

---

### Remplacement des serrures après le vol d'une clé

Le vol de la clé enregistrée d'un logement qui donne également accès à des locaux communs tels que la cage d'escaliers ou les caves représente un défaut considérable dans un immeuble présentant un niveau de sécurité élevé. L'adaptation des systèmes de fermeture des locaux communs est proportionnée et raisonnable pour le bailleur si les coûts s'élèvent à un peu plus de Fr. 1000.- et s'il n'est pas nécessaire de remettre de clés supplémentaires aux locataires (consid. 2.b).

---

### Sostituzione degli impianti di chiusura dopo il furto della chiave

Il furto della chiave registrata di un appartamento che consente anche l'accesso a locali comuni come le scale o il vano cantina in un immobile dall'elevato standard di sicurezza costituisce un difetto notevole. La sostituzione degli impianti di chiusura dei locali comuni è proporzionato e ragionevole per la locatrice se i costi previsti ammontano a poco più di Fr. 1000.- e se non bisogna fornire ai locatari chiavi supplementari (consid. 2.b).

## Sachverhalt

In einer Solothurner Liegenschaft ereignete sich am 16./17 April 2016 ein Einbruch in der Hochparterre-Wohnung von Mieter A. (nf.: Nachbar A.). Rund einen Monat später liess die Verwaltung das entsprechende Wohnungsschloss ersetzen.

Für den Mieter B. (nf.: Mieter), wohnhaft im dritten Obergeschoss derselben Liegenschaft, war erstellt, dass der Täter beim vorerwähnten Einbruch einen der Wohnungsschlüssel von Nachbar A. behündigt hatte. Weil dieser Schlüssel ebenso den Zugang zu den allgemeinen Räumlichkeiten wie dem Treppenhaus, Keller und der Waschküche ermöglichte, sah er den bisher hohen Sicherheitsstandard der Liegenschaft nicht mehr als gewährleistet an. Infolgedessen verlangte der Mieter von der Vermieterin, dass die Schliessanlagen zu den allgemeinen Räumlichkeiten ebenfalls angepasst werden. Am 9. Januar 2017 erhob er schliesslich Klage vor dem Richteramt Solothurn-Lebern.

## Aus den Erwägungen

2.a) [...] Der Vermieter ist gemäss Art. 256 Abs. 1 OR verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten.

Entstehen an der Sache Mängel, die der Mieter weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat, oder wird der Mieter im vertragsgemässen Gebrauch der Sache gestört, so kann er verlangen, dass der Vermieter a) den Mangel beseitigt, b) den Mietzins verhältnismässig herabsetzt, c) Schadenersatz leistet und d) den Rechtsstreit mit einem Dritten übernimmt (Art. 259a Abs. 1 OR).

Art. 256 OR umschreibt die Hauptpflicht des Vermieters, dem Mieter die Sache zum vertragsgemässen Gebrauch zu überlassen. Was zum vertragsgemässen Gebrauch der Sache gehört, kann grundsätzlich vertraglich geregelt werden, auch im Rahmen einer Hausordnung. Namentlich sind besondere Zusicherungen und Zugeständnisse des Vermieters ohne weiteres verbindlich. Eine explizite Vereinbarung ist nicht erforderlich. Auch über längere Zeit befolgte Gebräuche lassen im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses Rückschlüsse auf das Vereinbarte zu. Im Zweifel gilt der übliche Gebrauch als vereinbart. Ob die Mietsache dem Mieter den vertragsgemässen Gebrauch tatsächlich gewährleistet, hängt in erster Linie

vom Vertragszweck ab und ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Massgebend ist, was der Mieter unter den konkreten Umständen vernünftigerweise erwarten darf. Die besonderen Bedürfnisse des Mieters sind nur relevant, wenn sie zum Vertragsinhalt gemacht werden. Zum vorausgesetzten Gebrauch taugt ein Mietobjekt nur, wenn all seine Bestandteile funktionieren und wenn seine Benutzung keine Gefahr für Leib und Leben schafft. Bei unbeweglichen Mietsachen ist zudem die Lage und das Umfeld von Bedeutung; übermässige Immissionen vereiteln den vertragsgemässen Gebrauch einer Mietwohnung. Die Dauerverpflichtung des Vermieters zur Instandhaltung umfasst auch den Schutz vor Störungen (Unterlassung von Eingriffen, Abwehr von Störungen Dritter) (zum Ganzen: BSK OR I - ROGER WEBER, Art. 256 N 1 und 3 f.).

Eine Mietsache ist mangelhaft, wenn sie nicht oder nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch taugt, wenn ihr mithin eine vertragliche Eigenschaft fehlt, die den Gebrauchswert beeinträchtigt. Es kann sich um vertraglich zugesicherte oder mit Rücksicht auf den vertraglichen Gebrauchszweck erforderliche Eigenschaften handeln.

Mängel können sachbezogen oder auf das Verhalten von Personen zurückzuführen sein. Störungen sind vom Mangelbegriff erfasst, selbst wenn keine Partei auf das Verhalten des Störers einen Einfluss hat. Das Gesetz unterscheidet zwischen drei Arten von Mängeln. Mängel, die den Gebrauch der Sache ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen (Art. 258 Abs. 1 und Art. 259b lit. a OR), sogenannte schwerwiegende Mängel. Darunter sind Mängel zu verstehen, welche die vitalen Interessen, namentlich die Gesundheit des Mieters und seiner Familie gefährden oder die vereinbarte bzw. vorausgesetzte Nutzung der Mietsache bzw. wesentliche Teile davon für eine gewisse Zeit völlig verunmöglichen. Relevant für die Beurteilung sind insbesondere die Reparaturkosten und die Dauer der Beeinträchtigung des vertraglichen Gebrauchs. Mängel, welche die Tauglichkeit der Sache höchstens vermindern, aber nicht erheblich beeinträchtigen (Art. 258 Abs. 3 lit. a, Art. 259b lit. b und Art. 259d OR) sind mittlere Mängel. Dazu gehören alle Mängel, die sich weder als schwerwiegend erweisen noch durch Reinigung oder kleine Ausbesserung behoben werden können. Bei Mängeln, die durch kleine Ausbesserungen oder sogar nur durch Reinigung behoben werden können, spricht man von kleinen Mängeln (zum Ganzen: BSK OR I - ROGER WEBER, Art. 258 N 1 f.).

Unter vom Mieter zu verantwortende Mängel sind Mängel zu verstehen, welche der Mieter oder Personen, für die er einstehen muss, vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben. Unter Mängel, die der Mieter auf eigene Kosten zu beseitigen hat, sind die kleinen Mängel gemäss

Art. 259 OR zu verstehen. Die Mängelrechte des Mieters entstehen somit grundsätzlich bei mittleren sowie bei schwerwiegenden Mängeln des Mietobjektes. Diesen Mängeln setzt das Gesetz Störungen des Mieters im vertragsgemässen Gebrauch der Sache gleich, seien sie tatsächlicher oder rechtlicher Natur (zum Ganzen: BSK OR I - ROGER WEBER, Art. 259a N 2 f.).

Sobald der Vermieter von einem gemäss Art. 259a OR zu behebbenden Mangel vom Mieter oder auf anderem Weg Kenntnis erhält, muss er innert angemessener Frist für die Beseitigung des Mangels sorgen, soweit nicht das gesetzliche Selbsthilferecht des Mieters gemäss Art. 259b lit. b OR für mittlere Mängel eingreift. Der Mieter muss Mängel, die er nicht selber zu beseitigen hat, dem Vermieter melden (Art. 257g Abs. 1 OR). Eine Ausnahme dieser Meldepflicht besteht unter anderem bei einem Mangel, der nicht zu einem Schaden für den Vermieter führen kann oder von welchem der Vermieter bereits Kenntnis hat. Eine sofortige Mängelrüge ist jedoch keine unabdingbare Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelrechten. Das Wissen einer Hilfsperson, etwa des Hauswartes, ist dem Vermieter gestützt auf Art. 101 OR zuzurechnen. Die Pflicht des Vermieters zur Mängelbehebung besteht ab dem Zeitpunkt, in dem er (oder eine seiner Hilfspersonen wie Hauswartung oder Verwaltung) Kenntnis vom Mangel hat. Eine besondere Aufforderung zur Mängelbehebung ist nicht erforderlich. Ein Verschulden des Vermieters am Entstehen des Mangels ist für den Beseitigungsanspruch nicht vorausgesetzt. Der Beseitigungsanspruch findet jedoch seine Grenze, wenn eine Beseitigung des Mangels aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen objektiv nicht möglich oder für den Vermieter nicht zumutbar ist (zum Ganzen: BSK OR I - ROGER WEBER, Art. 259b N 2; Mietrecht für die Praxis, 2016, S. 216 ff. und 242 f.).

Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels trägt nach Art. 8 ZGB der Mieter, denn er leitet aus der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache die entsprechenden Rechte ab. Hingegen hat der Vermieter die rechtshindernde Tatsache zu beweisen, dass ein Mangel vom Mieter zu verantworten ist (zum Ganzen: BSK OR I - ROGER WEBER, Art. 259a N 4).

b) Vorliegend ist zunächst der vertragsgemässe Gebrauch der Mietwohnung des Mieters zu definieren. Dieser ergibt sich einerseits aus den erforderlichen Eigenschaften des vertraglichen Gebrauchszweckes, d.h. aus der objektiven Beschaffenheit bzw. aus dem objektiven Standard der Mietsache, und andererseits aus vertraglich zugesicherten Eigenschaften. Vertragsgegenstand des zwischen den Parteien am 25. bzw. 28. April 2013 abgeschlossenen Miet-

vertrages ist eine 1-Zimmerwohnung im 3. Obergeschoss der Liegenschaft an der C.-Strasse in Solothurn, welche gemäss vertraglicher Bestimmung als Wohnung zu verwenden ist. Eine (Miet-)Wohnung dient primär dem Aufenthalt des Mieters. Diese gibt dem Mieter einen gewissen Komfort und Sicherheit. In Bezug auf den Sicherheitsaspekt – der vom Mieter geltend gemacht wird – muss eine Wohnung so beschaffen sein, dass diese Sicherheit gegenüber Angriffen auf Leib und Leben sowie Vermögenswerten bietet. Dabei ist die Ortsüblichkeit wie auch die Kategorie der Wohnung zu berücksichtigen. Hingegen spielt das subjektive Sicherheitsgefühl des konkreten Mieters keine Rolle.

Somit ist zu prüfen, ob die Sicherheit des Mieters, wie dieser behauptet, tatsächlich in signifikanter Weise abgenommen hat, so dass von einem Mangel gesprochen werden muss. Seitens des Mieters wird diesbezüglich vorgebracht, beim Nachbar A., der in derselben Liegenschaft wie er wohnen würde, sei eingebrochen worden, wobei dessen Schlüssel gestohlen worden sei. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob dem Mieter der Beweis, dass der Schlüssel des Nachbarn A. tatsächlich gestohlen worden ist oder ob dieser bloss verloren ging, gelingt. Diese Unterscheidung ist wichtig, da bei einem blossen Verlust des Schlüssels der Finder mit diesem grundsätzlich nichts anfangen kann, da dieser keine Kenntnisse darüber haben dürfte, zu welcher Liegenschaft der Schlüssel gehört. Bei einem Schlüsseldiebstahl hingegen weiss der Dieb, zu welcher Wohnung der Schlüssel gehört. Insofern ist von einer gewissen Beeinträchtigung der Sicherheit zu sprechen. Der Strafanzeige der Polizei Kanton Solothurn vom 8. Mai 2016 kann entnommen werden, dass der Täter die Hochparterre-Wohnung des Nachbarn A. mittels Einschlagen einer Scheibe auf dem Balkon, womit dieser dann den Türverschluss hat öffnen können, betreten hat. Nach dem Durchsuchen der Wohnung und der Entwendung von diversem Deliktsgut hat der Täter die Wohnung mittels aufgefundenem Zweitschlüssel durch die Eingangstüre verlassen. Der gleiche Sachverhalt ergibt sich aus dem Erledigungsrapport der Polizei Kanton Solothurn vom 29. September 2016. Aufgrund der durchgeführten Untersuchungen konnte die Polizei Kanton Solothurn feststellen, dass der Täter die Wohnung via Balkontüre betreten und via Wohnungstüre verlassen hat. Weil keine Aussagen von Nachbar A. in den Strafakten vorhanden sind, welche Situation dieser bei seiner Rückkehr in die Wohnung angetroffen hat, stellt sich die Frage, weshalb die Polizei zum Schluss gekommen ist, dass der Täter die Wohnung via Wohnungstüre und nicht via Einstiegsort verlassen hat. Der Umstand, dass die Polizei Kanton Solo-



thurn nur am Aussenbereich der Balkontüre eine DNA-Spur vorgefunden hat, ist dafür nicht aussagekräftig. Nebenbei sei zu diesem Umstand erwähnt, dass aus den Akten nicht hervorgeht, ob auch im Innenbereich der Balkontüre nach Spuren gesucht worden ist. Der Strafanzeige der Polizei Kanton Solothurn vom 8. Mai 2016 kann weiter entnommen werden, dass Nachbar A. erst gerade vorgängig von einer eintägigen Reise zurückgekehrt sei. Aufgrund dieser Abwesenheit während des Einbruches muss davon ausgegangen werden, dass dieser beim Verlassen seiner Wohnung am Vortag die Wohnungseingangstüre von aussen abgeschlossen hat, so dass innen kein Schlüssel gesteckt hat. Weiter muss somit auch davon ausgegangen werden, dass dieser der Polizei gegenüber erklärt hat, dass die Wohnungstüre bei seiner Rückkehr nicht abgeschlossen war. Der Täter hat demzufolge die Wohnung von Nachbar A., so wie dies die Polizei festgehalten hat, via Wohnungstüre verlassen. Dabei muss dieser zum Öffnen der Türe den Zweitschlüssel verwendet haben, war die Türe doch abgeschlossen. In diesem Zusammenhang ist weiter die Frage zu klären, ob der vom Täter verwendete Zweitschlüssel nach dessen Verlassen der Wohnung hat aufgefunden werden können. Diese Frage muss verneint werden, lässt sich den strafrechtlichen Vorakten diesbezüglich doch nichts entnehmen. Des Weiteren hat Nachbar A. am 23. Dezember 2016 unterschriftlich bestätigt, dass diesem der Wohnungsschlüssel anlässlich eines Einbruchdiebstahls in seine Wohnung vom 16./17. April 2016 gestohlen und bis zu jenem Datum nicht aufgefunden worden ist. Dieser Bestätigung widerspricht die Tatsache, dass Nachbar A. den Schlüssel nicht als Deliktsgut angegeben hat, nicht, hat doch ein Schlüssel – dies im Gegensatz zu der angegebenen Münzsammlung, dem Bargeld und dem Gold – keinen Wert. Aus diesem Grund wird man einen gestohlenen Schlüssel selten als Deliktsgut angeben. Zudem hätte Nachbar A. der Immobilienverwaltung, wäre der Schlüssel gefunden worden, den Verlust des Schlüssels wohl kaum gemeldet bzw. das spätere Finden gemeldet. Schliesslich wird auch von Seiten der Vermieterin nicht bestritten, dass das Schloss bei Nachbar A. nach dem Einbruch ausgewechselt worden ist. So sagt X., welche die Liegenschaft an der C.-Strasse seitens der Immobilienverwaltung bewirtschaftet, heute denn auch aus, die Immobilienverwaltung habe veranlasst, dass der Schliesszylinder bei der Wohnung von Nachbar A. ausgewechselt worden sei. Entsprechend dieser Veranlassung wechselte die Y. [Schlüsseldienst] am 18. Mai 2016 unter anderem den Zylinder aufgrund eines Einbruches aus. Basierend auf diesen Ausführungen drängt sich der Schluss, dass der Schlüssel gestohlen worden ist, auf. Der Täter hat den Schlüssel

benützt, um die Wohnungstüre zu öffnen. Weil der Schlüssel danach nicht mehr zum Vorschein gekommen ist, muss der Täter diesen mitgenommen, d.h. gestohlen haben. Dabei muss weiter davon ausgegangen werden, dass der Schlüssel inskünftig unbefugt benützt wird bzw. werden kann, hätte der Täter den Schlüssel doch in der Türe stecken lassen können, hätte er diesen bloss zum Öffnen der Wohnungstüre verwenden wollen. Weil dem nicht der Fall war, bestehen aufgrund der vorerwähnten Indizien und Beweismittel keine ernsthaften Zweifel am Umstand, dass der Schlüssel gestohlen worden ist. Die denkbaren Möglichkeiten, dass der Schlüssel gar nicht gestohlen worden ist, sondern Nachbar A. diesen vorgängig verloren hat oder dass der Schlüssel noch irgendwo in der Liegenschaft herumliegt, ohne dass dieser gefunden worden ist, fallen nicht massgeblich in Betracht. Dem Mieter ist demzufolge der Nachweis, dass der Schlüssel anlässlich des Einbruchdiebstahls vom 16./17. April 2016 bei Nachbar A. gestohlen worden ist, gelungen. Der Täter ist somit im Besitz eines Schlüssels, von dem er weiss, zu welcher Liegenschaft dieser gehört. Weil sich mit diesem Schlüssel gemäss den heutigen Aussagen von X. [Liegenschaftsverwalterin] die Haupteingangstüre des Gebäudes sowie die beiden Kellerzugänge – bei denen gemäss den vom Mieter heute eingereichten Fotos aussen ein Türknauf besteht – öffnen lassen, geht vom Umstand, dass ein Krimineller im Herrschaftsbereich eines Schlüssels ist, von dem dieser weiss, zu welcher Liegenschaft dieser gehört, kein unerhebliches Risiko aus. Fraglich ist, ob dieses nicht mehr als unerheblich zu qualifizierende Risiko so gross ist, dass es einen Mangel darstellt. Gemäss Z., Leiter des Schlüsseldienstes Y., handle es sich beim gestohlenen Schlüssel um einen registrierten Schlüssel. Die Liegenschaft besitzt eine solide Schliessanlage. Aufgrund des an der Aussenseite der Haupteingangs- und Kellertüren angebrachten Türknaufes können diese Türen jeweils nur mit dem Schlüssel geöffnet werden, was der Mieter heute bestätigt. Die Wohnungstüre selber sei gemäss den heutigen Aussagen des Mieters eine relativ feste Metalltüre. Bei der Liegenschaft an der C.-Strasse liegt somit ein hoher Sicherheitsstandard vor. Aufgrund dieser Tatsachen und dem Umstand, dass nun ein Schlüssel, welcher nicht bloss durch den Haupteingang, sondern auch durch die beiden Kellertüren Zugang zur Liegenschaft gewährt, im Besitz eines Kriminellen ist, ist vorliegend von einem erheblichen Mangel zu sprechen, darf ein Mieter doch sichere Zugänge erwarten. In Bezug auf den Mieter wird dieser Mangel zusätzlich dadurch verstärkt, als dass dessen Wohnung im 3. Stock weder über einen Balkon, noch über eine Terrasse oder einen Vorplatz verfügt, dessen Wohnung durch einen Einbrecher folglich

nur via Haupteingangs- oder Kellertüre erreichbar ist. Mit dem Schlüssel wird ausserdem nicht bloss der Zugang zu den Wohnungen in der Liegenschaft erleichtert, sondern dieser gewährt auch Zugang zu den allgemeinen Räumlichkeiten und zu den – gemäss dem Mieter und X. [Liegenschaftsverwalterin] – mit Lattenverschlüssen abgetrennten Kellerabteilen der Mieter. Der heute vom Mieter als beträchtlich bezeichnete Sicherheitsverlust liegt somit auch in objektiver Hinsicht vor. Die Vermieterin wendet gegen einen Mangel ein, dass der Sicherheitsstandard durch das Abhandenkommen des Schlüssels sicher nicht vermindert worden sei, da man davon ausgehen müsse, dass der Schlüssel nicht mehr vorhanden sei. Den Beweis für diese Behauptung, d.h. dass bei einem «normalen» Schlüsselverlust eine gleich hohe Abnahme der Sicherheit vorliegt – mit anderen Worten, dass der Finder des Schlüssels weiss, zu welcher Liegenschaft dieser gehört – erbringt die Vermieterin jedoch nicht. Daran ändert auch die heutige Aussage von X. [Liegenschaftsverwalterin], seit dem Einbruch habe es seitens der Mieter keine Reklamationen gegeben, d.h. es wurde in keine Wohnung eingebrochen, nichts. Denn wie bereits ausgeführt, ist zwischen einem Verlust und einem Diebstahl eines Schlüssels zu unterscheiden, wobei jene Person, die einen Schlüssel irgendwo auf findet, mit diesem grundsätzlich nichts anfangen kann, d.h. diese weiss – im Gegensatz zum Dieb – nicht, zu welcher Liegenschaft der Schlüssel gehört. Die Sicherheitsabnahme ist bei einem Diebstahl eines Schlüssels – in der entsprechenden Wohnung – somit beträchtlich grösser als bei einem Schlüsselverlust. Demzufolge spielt es auch keine Rolle, dass es gemäss der Aussage von X. [Liegenschaftsverwalterin] seit Mitte 2010 zu drei Schlüsselverlusten durch Mieter gekommen sei, wobei diese nicht angeben konnte, ob die Schlüssel verloren gegangen oder gestohlen worden seien. Sollte es tatsächlich solche Verluste gegeben haben, so ist dabei davon auszugehen, dass die Schlüssel verloren gegangen sind, hätte sich X. [Liegenschaftsverwalterin] doch ansonsten – da der Diebstahl eines Schlüssels eher aussergewöhnlich ist – daran erinnern können. Schliesslich ist noch zu prüfen, ob die Beseitigung des Mangels, d.h. die Wiederherstellung des ursprünglichen Sicherheitsstandards durch die Anpassung und Ersetzung der Schliessanlage, so dass ein Zutritt mit dem gestohlenen Schlüssel in die allgemeinen Räumlichkeiten der Liegenschaft nicht mehr möglich ist, verhältnismässig ist. Dabei trägt die Vermieterin die Beweislast für jene Umstände, aus denen diese die Unverhältnismässigkeit des Auswechslens der Schliessanlage ableitet.

Bei der vorliegenden Verhältnismässigkeitsprüfung wird die Sicherheitsabnahme den Kosten für die Beseiti-

gung des Mangels gegenübergestellt. X. [Liegenschaftsverwalterin] führt heute diesbezüglich aus, die Kosten für das Ersetzen der Haupt- und Kellereingänge würden sich auf rund Fr. 2000.- belaufen. Ausserdem würden die Mieter zusätzliche Schlüssel erhalten, da die bisherigen Schlüssel mit dem Ersetzen des Zylinders der Haupt- und Kellertüren nicht mit den neuen Schlüsseln kombiniert werden könnten. Dies wisse sie und sei ihr zudem vom Schlüsseldienst mitgeteilt worden. Eine den Aussagen von X. [Liegenschaftsverwalterin] entsprechende Offerte mit den zu erwartenden Kosten ist von der Vermieterin nicht eingereicht worden. Z. [Leiter des Schlüsseldienstes] spricht demgegenüber von Kosten von etwas mehr als Fr. 1000.-. Die entsprechende Offerte, welche er einmal erstellt habe, hätte den Wechsel des Zylinders der Wohnung, bei welcher der Schlüssel nach einem Einbruch weggekommen sei, sowie von der Haustüre und eines Abstellraumes, bei denen alle Schlüssel passen würden, beinhaltet. Weil in der Liegenschaft eine Sea-Schliessanlage vorhanden sei, habe er dies vorgängig abgeklärt. Bei dieser Schliessanlage könne auf dem Haustürzylinder noch ein Mal ein neuer Zylinder abgefüllt werden, so dass die alten Schlüssel dann nicht mehr gehen würden und bei den neuen bisherigen Schlüsseln die entsprechende Bohrung vorhanden wäre. Man müsse also nur den Zylinder der Haustüre wechseln und die Mieter könnten weiterhin ihren Schlüsseln bedienen. Demzufolge kann gemäss den Aussagen von Z. [Leiter des Schlüsseldienstes] der Zugang mit dem gestohlenen Schlüssel zur Liegenschaft ohne den Mietern zusätzliche Schlüssel abgeben oder die bestehenden Schlüssel ersetzen zu müssen, verhindert werden. Weil die Vermieterin keinen Nachweis erbringen konnte, dass die Kosten höher als etwas mehr als Fr. 1000.- ausfallen werden und den Mietern ausserdem kein zusätzlicher Schlüssel abgegeben werden muss, die bisherigen Schlüssel vielmehr weiterhin benützt werden können, wobei man mit dem gestohlenen Schlüssel keinen Zugang zur Liegenschaft mehr haben wird, ist die Verhältnismässigkeit der Beseitigung des Mangels zu bejahen. Diese ist für die Vermieterin ausserdem auch zumutbar. Der vom Mieter gestellte Antrag ist somit geeignet, den Mangel zu beseitigen und den bisherigen – vor dem Einbruch vom 16./17. April 2016 bestehende – Sicherheitsstandard wieder herzustellen.

Weil der bestehende Mangel bei der Vermieterin eher nicht zu einem Schaden führen wird bzw. diese bereits Kenntnis von der Tatsache hatte, dass ein Schlüssel, der Zugang zur Liegenschaft an der C.-Strasse in Solothurn gewährt, bei Nachbar A. gestohlen worden ist, bestand für den Mieter keine Meldepflicht des Mangels. Trotzdem wurde der Ersatz der Schliessanlage spätestens am 12. Mai

2016 schriftlich bei der Verwalterin der Vermieterin gefordert.

Aufgrund der obstehenden Ausführungen ist die Klage somit gutzuheissen. Die Vermieterin wird verpflichtet, die Schliessanlage in der Liegenschaft C.-Strasse in Solothurn dergestalt anzupassen oder zu ersetzen, dass ein Zugang mit dem im Frühjahr 2016 gestohlenen Schlüssel in die allgemeinen Räumlichkeiten der Liegenschaft (Treppe, Keller, Veloraum/Waschküche) nicht mehr möglich ist.

---

Urteil des Richteramts Solothurn-Lebern, vom 28. September 2017  
(SLZPR.2017.33-ASLVON)

---

---

## Invocation tardive de défauts - comportement contraire à la bonne foi

L'invocation par le locataire de prétendus défauts, existant depuis la conclusion du contrat, mais renouvelée cinq ans plus tard pour tenter de faire obstacle à l'entrée en vigueur d'une hausse de loyer convenue à la conclusion du contrat dénote un comportement contraire à la bonne foi. Les dispositions en matière de défaut de la chose louée ont en effet pour vocation de protéger le locataire en cas d'objet devenu défectueux en cours de bail; elles ne sauraient être utilisées par le locataire pour faire échec aux effets d'un échelon convenu en bonne et due forme et non remis en cause par une contestation de loyer initial.

---

### Verspätete Mängelanzeige - Verhalten verstösst gegen Treu und Glauben

Macht der Mieter angebliche Mängel geltend, die bereits seit Vertragsabschluss bestehen und die er fünf Jahre später erneut anmeldet, um damit das Inkrafttreten einer bereits bei Vertragsabschluss vereinbarten Mietzinserhöhung zu verhindern, verstösst dies gegen Treu und Glauben. Die Bestimmungen zu Mängeln an der Mietsache sollen den Mieter schützen, wenn während der Mietdauer ein Mangel an der Mietsache entsteht; sie können vom Mieter jedoch nicht dazu verwendet werden, eine rechtsgültig vereinbarte Mietzins-erhöhung zu verhindern, wenn diese nicht schon durch eine Anfechtung des Anfangsmietzinses infrage gestellt wurde.

---

### Notifica tardiva dei difetti - un comportamento contrario alla buona fede

La notifica da parte del locatario di presunti difetti, già avvenuta alla stipula del contratto ma reiterata cinque anni dopo per impedire l'aumento della pigione già concordato è un comportamento contrario alla buona fede. Le disposizioni in materia di difetti del bene in locazione hanno lo scopo di proteggere il conduttore in caso di danni sopraggiunti durante la locazione, ma non possono essere utilizzate da quest'ultimo per evitare gli effetti di un aumento debitamente concordato e non messo in discussione da una contestazione del prezzo iniziale della pigione.

## Exposé des faits

Les parties sont liées depuis le 4 juin 2009 par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 5 pièces au rez-de-chaussée d'un immeuble sis à Genève. Le bail est d'une durée déterminée de six ans, soit du 1<sup>er</sup> mai 2009 jusqu'au 30 avril 2015. Le loyer a été fixé au montant annuel de Fr. 16 815.-, du 1<sup>er</sup> mai 2009 au 30 avril 2014, puis était porté dès le 1<sup>er</sup> mai 2014 jusqu'au terme du 30 avril 2015, à Fr. 39 204.- par an.

Le 11 février 2014, le locataire s'est vu notifier un avis de confirmation d'échelon, faisant passer le loyer annuel à Fr. 39 204.- dès le 1<sup>er</sup> mai 2014. Le 20 mars 2014, le locataire a informé la régie qu'il s'opposait à cette hausse, en raison notamment de nombreux et importants défauts de l'appartement, faisant apparaître le nouveau loyer comme abusif. Une liste de défauts et retouches comprenant 77 points, établie par le locataire, a été jointe au courrier. Elle porte la mention : « 21 mai 2009 / révisée le 1<sup>er</sup>, le 23 juin 2009 et le 9 février 2010. Etat actuel au 12 mars 2014 (en rouge). Selon le locataire, le principal défaut consiste en d'intenses nuisances phoniques.

Le 30 avril 2014, le locataire a écrit à la bailleresse que le logement souffrait également d'un manque important d'isolation thermique avec un chauffage insuffisant en hiver, ainsi qu'un défaut d'étanchéité des fenêtres, et d'autres problèmes structurels de l'immeuble.

Suite à l'échec de la tentative de conciliation du 12 décembre 2014, le locataire a saisi le Tribunal des baux et loyers le 27 janvier 2015 d'une requête, concluant notamment à une baisse de loyer de 50 % dès le 20 mars 2014. Par jugement du 26 mai 2016, le Tribunal des baux et loyers a débouté le locataire de sa demande. Ce dernier a interjeté appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

3.1.1 Le bailleur est tenu de délivrer la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir en cet état (art. 256 al. 1 CO). En vertu de l'art. 259a CO, lorsqu'apparaissent des défauts de la chose louée qui ne sont pas imputables au locataire et auxquels il n'est pas tenu de remédier à ses frais ou lorsque le locataire est empêché d'user de la chose conformément au contrat, il peut exiger du bailleur la remise en état de la chose (let. a), une réduction proportionnelle du loyer

(let. b), des dommages-intérêts (let. c) et la prise en charge du procès contre un tiers (let. d). Le locataire assume le fardeau de la preuve en vertu de l'article 8 CC (AUBERT, in Bohnet/Carron/Montini, Droit du bail à loyer et à ferme, Bâle, 2017, n. 14 ad art. 259a CO; LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne, 2008, p. 248). A l'exception de la demande de dommages-intérêts, les droits du locataire en raison d'un défaut de la chose louée ne présupposent pas une faute du bailleur (AUBERT, op. cit., n. 13 ad art. 259a CO; LACHAT, op. cit., p. 249).

3.1.2 Le législateur ne définit pas la notion de défaut, qui relève du droit fédéral. Celle-ci doit être reliée à l'obligation de délivrer la chose louée dans un état approprié à l'usage auquel elle est destinée (art. 256 al. 1 CO). En d'autres termes, il y a défaut lorsque l'état de la chose diverge de ce qu'il devrait être selon l'art. 256 CO, c'est-à-dire lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise, ou sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu (ATF 135 III 345 consid. 3.2; MONTINI/BOUVERAT, in Bohnet/Carron/Montini, Droit du bail à loyer et à ferme, Bâle, 2017, n. 1 ad art. 256 CO; LACHAT, op. cit., p. 216).

L'usage dont il est question peut avoir été convenu soit expressément, soit tacitement, ainsi par une utilisation adoptée pendant longtemps par le locataire sans opposition du bailleur (ATF 136 III 186 consid. 3.1.1; HIGI, Commentaire zurichois, 4<sup>ème</sup> éd. 1996, n° 7 ad art. 253a-253b CO; WEBER, in Commentaire bâlois, Obligationenrecht, vol. I, 4<sup>ème</sup> éd. 2007, N. 3 ad art. 256 CO). Même si elles ne font pas l'objet d'un accord exprès, certaines propriétés doivent être considérées comme convenues entre les parties parce qu'objectivement et typiquement nécessaires vu le caractère de la chose louée; ainsi, les locaux d'habitation doivent offrir une protection suffisante contre les éléments de la nature (vent, pluie, etc.) et être suffisamment chauffés (en dessous de 18 °C, la jurisprudence considère que des locaux d'habitation sont défectueux (MONTINI/BOUVERAT, op.cit., n. 20 ad art. 256 CO).

Selon l'opinion d'une partie de la doctrine, le locataire ne saurait, en ne réagissant pas rapidement après l'état dès lieux d'entrée, renoncer à un standard minimum; seraient réservés les cas dans lesquels la réaction serait si tardive qu'elle constituerait un abus de droit (LACHAT, op. cit., p. 219). Pour d'autres auteurs, celui qui a vu une chose qu'il a ensuite décidé de prendre à bail ne peut que difficilement prétendre à l'existence d'un accord tacite portant sur un état différent de celui qu'il a lui-même pu constater. Toutefois, une pratique qui a duré un certain temps constitue en principe un accord tacite (MONTINI/BOUVERAT, op.cit.,

n. 24 et 25 ad art. 256 CO et références citées; WEBER, op. cit., n. 3 ad art. 256 CO).

3.1.3 L'avis immédiat de défaut n'est pas une condition sine qua non de l'action en garantie des défauts de la chose louée (arrêt du Tribunal fédéral 4C.387/2004 du 17 mars 2005 consid. 2.3) En revanche, dans certains cas, l'absence d'avis peut être interprétée comme une absence de défaut.

La Cour a déjà admis, dans le cas de températures élevées en été dans une mezzanine aménagée dans des locaux commerciaux, que le locataire s'était accommodé des températures régnant dans les locaux et que l'absence de toute réaction du locataire pendant les deux premières années d'exploitation, démontrait que les locaux, tels qu'ils avaient été remis à leur prise de possession, correspondaient à l'usage convenu entre les parties; l'invocation par le locataire d'un prétendu défaut, existant depuis la conclusion du bail, mais exprimé pour la première fois après deux ans d'occupation, en réaction à une demande de règlement d'arriérés de loyers de la bailleuse, dénotait un comportement contraire à la bonne foi et constitutif d'un abus de droit. (ACJC/982/2010 du 6 septembre 2010 consid. 3.3).

3.1.4 A défaut d'usage convenu, l'usage habituel est déterminant (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_582/2012 du 28 juin 2013 consid. 3.2 et les références citées). Le défaut de la chose louée est une notion relative. Son existence dépendra des circonstances du cas particulier. Il convient de prendre en compte notamment la destination de l'objet loué, l'âge et le type de la construction, le montant du loyer, l'évolution des mœurs et de la technique (WESSNER, Le bail à loyer et les nuisances causées par des tiers en droit privé, 12<sup>ème</sup> Séminaire sur le droit du bail, p. 23-24; LACHAT, op. cit., p. 219; HIGI, op. cit., n. 28 ad art. 258 CO).

D'autres facteurs tels que les normes usuelles de qualité (y compris les normes techniques du droit de la construction) – étant précisé que les normes SIA ne sont pas d'application immédiate dans les rapports de bail, les règles de droit public ainsi que les usages courants doivent être pris en considération, de même que le critère du mode d'utilisation habituel des choses du même genre, à l'époque de la conclusion du contrat (LACHAT, op. cit., p. 217-218, note N. 13 et références citées). Le lieu de situation de l'immeuble détermine dans une large mesure le calme auquel peut s'attendre le locataire et le caractère évitable ou non et/ou la prévisibilité d'éventuelles nuisances (MONTINI/BOUVERAT, op. cit., n. 3 ad art. 256 CO; LACHAT, op. cit., p. 217 ss).

Le locataire doit compter, selon le cours ordinaire des choses, avec la possibilité de certaines entraves mineures inhérentes à l'usage de la chose qui ne constituent pas un

défaut. En revanche, si l'entrave est plus importante et sort du cadre raisonnable des prévisions, elle devient un défaut (SJ 1985 p. 575).

3.2 En l'espèce, l'appelant soutient avoir réclamé, dès le mois de juin 2009, à l'ancien bailleur la réparation de défauts et avoir renouvelé sa demande de suppression des défauts le 20 mars 2014 auprès du nouveau bailleur. Il ne pouvait lui être reproché de s'être accommodé de l'état du logement.

En premier lieu, il convient de relever que les courriers de l'appelant adressés à la précédente régie, datés des 10, 19 et 23 juin 2009, font expressément référence à des travaux de finitions et de retouches, en particulier le rétablissement de la ligne téléphonique et de l'accès à la boîte-aux-lettres en vue d'assurer la distribution du courrier par la Poste. La liste des retouches, mentionnées dans ces courriers, n'a pas été produite si bien que leur nature exacte ne peut être déterminée. La procédure n'a pas permis d'établir que la liste produite par l'appelant était jointe à chacun de ces trois courriers, ni l'année précise – parmi cinq dates distinctes – à laquelle chacun des 77 points y ont été portés. Il n'est, en outre, fait aucune mention, dans les trois courriers, des défauts principaux allégués dans la lettre du 20 mars 2014 et les courriers subséquents, soit notamment le défaut d'isolation thermique et sonore des fenêtres, l'insuffisance du chauffage, les fissures sur les galandages et les carreaux et les sanitaires endommagés, qui seuls sont évoqués dans le cadre du litige. Ainsi, l'appelant ne peut soutenir, faute d'avoir apporté la preuve des faits qu'il allègue, que les courriers des 10, 19 et 23 juin 2009 valaient avis des défauts pour les 77 points portés sur ladite liste. Tout au plus valaient-ils avis des défauts pour le rétablissement de la ligne téléphonique et de l'accès à la boîte-aux-lettres, points qui ont été réglés à teneur de la liste précitée à une date toutefois indéterminée.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, aucun titre, ni aucun témoignage ne permet d'établir qu'il aurait protesté et sollicité la réparation de défauts affectant le logement entre la fin juin 2009, date du dernier courrier de l'appelant, et le mois de mars 2014. L'absence de toute réaction permet de retenir soit que les finitions et retouches réclamées dans ses courriers avaient été exécutées entre temps, soit que l'appelant s'est accommodé de la situation.

Les enquêtes n'ont pas non plus établi que le standard minimum auquel pouvait objectivement prétendre l'appelant, en terme d'isolation thermique et phonique des fenêtres du logement, n'avait pas été assuré à la remise des locaux. Aucun relevé n'a été effectué attestant d'une température insuffisante. Quant à la suppression des fe-

nêtres extérieures, dont le maintien semble avoir été exigé dans l'autorisation de construire délivrée en vue de réhabiliter le bâtiment, elle ne suffit pas à retenir que l'objet remis à bail serait défectueux. En effet, l'appelant a admis que les vitrages ont été remplacés par des doubles-vitrages isolant thermiquement, mais non acoustiquement. Sur ce dernier point, l'appelant n'a produit aucune expertise d'un acousticien, ni le moindre relevé du niveau sonore constaté dans le logement. Les témoins entendus n'ont pas été en mesure d'apporter un éclairage suffisamment précis sur ce point, le témoin G. ayant relaté avoir moins souffert du défaut d'isolation phonique mais entendre les bruits provenant du voisinage ou de l'extérieur. Ces considérations d'ordre général et émises par le témoin G. pour son propre logement ne permettent pas de considérer que la situation dans le logement de l'appelant était nécessairement identique. Les déclarations de ce seul témoin ne suffisent en tous les cas pas pour admettre l'existence d'un défaut au niveau de l'isolation thermique et sonore des fenêtres. Comme l'ont justement relevé les premiers juges, l'immeuble se situe sur un carrefour à fort trafic routier, excluant que l'appelant puisse s'attendre à l'absence de bruit provenant de l'extérieur.

Les constatations des témoins I. et H. – effectuées respectivement en 2008 et 2005 lors de la phase de préparation et d'exécution des travaux de réhabilitation de l'immeuble à propos d'un risque d'effondrement de ce dernier ou un manque de sécurité du chantier – ne permettent pas de conclure, de manière abstraite et sans connaissance des mesures prises ultérieurement pour y remédier lors des travaux, à l'existence d'un défaut au niveau de l'affaissement des planchers, qui ne résulte d'ailleurs pas des photographies versées au dossier. S'agissant plus particulièrement de l'état du logement de l'appelant, le témoin H. n'a pas observé de fissures dues à d'éventuelles déformations dans la structure en bois et le témoin I. n'a pas fait d'observations particulières.

Les fissures dans les galandages ainsi que l'unique inondation subie en août 2009 dont semble se plaindre l'appelant ne suffisent pas à admettre l'existence d'un défaut de la chose louée, le locataire devant composer avec certaines entraves mineures inhérentes à l'usage de la chose. L'appelant n'est pas parvenu à démontrer, alors qu'il avait le fardeau de la preuve, que des inondations ultérieures se sont produites, alors que tel aurait été vraisemblablement le cas si aucune intervention sur les fenêtres n'était intervenue. En tout état, il s'est accommodé de la situation, son refus que de nouveaux joints soient posés sur les fenêtres en fin d'année 2014 le corroborant en tant que de besoin.

Il est en revanche établi que les protestations de l'appelant s'agissant des défauts de la chose louée ont été émises en mars 2014 en raison de la prochaine entrée en vigueur de l'échelon convenu à la conclusion du bail. Toutefois, depuis le mois de juin 2009, l'appelant s'était accommodé de l'état du logement : l'absence de toute réaction de celui-ci pendant les cinq premières années de bail démontre que les locaux, tels qu'ils ont été remis à leur prise de possession, correspondaient à l'usage convenu entre les parties. En outre, il n'est pas contesté par l'appelant que les défauts dont il s'est plaint au mois de mars 2014 existaient dès l'origine du bail, la situation entre juin 2009 et mars 2014 ne différant pas de celle prévalant à la conclusion du bail hormis une aggravation de l'affaissement des sols alléguée mais, comme déjà examiné ci-dessus, non établie, faute d'éléments de preuve suffisants.

Partant, la Cour retient, à l'instar des premiers juges, qu'en renonçant pendant cinq ans à toute protestation quant à l'état du logement, l'appelant a laissé s'établir une longue pratique dont il doit être déduit qu'il s'était tacitement accommodé de l'état du logement et que cet état était conforme à la convention des parties.

L'invocation par l'appelant de prétendus défauts, existant depuis la conclusion du bail, mais renouvelée cinq ans plus tard pour tenter de faire obstacle à l'entrée en vigueur d'une hausse de loyer convenue à la conclusion du bail dénote un comportement contraire à la bonne foi. Les dispositions en matière de défaut de la chose louée ont en effet pour vocation de protéger le locataire en cas d'objet devenu défectueux en cours de bail ; elles ne sauraient être utilisées par le locataire pour faire échec aux effets d'un échelon convenu en bonne et due forme et non remis en cause par une contestation du loyer initial. L'appelant ne saurait, comme en l'espèce, se soustraire à cette hausse en se prévalant d'une réduction de loyer fondée en réalité sur des défauts originels de l'objet loué n'ayant fait l'objet d'aucune protestation pendant cinq ans.

Enfin, le Tribunal a relevé pertinemment que le comportement contradictoire de l'appelant, qui a refusé les travaux proposés par l'intimée, soit la pose de joints sur les fenêtres afin de supprimer les nuisances dont il se plaignait, corrobore le fait que sa protestation tardive n'avait finalement pour seul objectif que de contrecarrer la prise d'effet de l'échelon dès le 1<sup>er</sup> mai 2014.

En définitive, l'état des locaux étant approprié à l'usage convenu tacitement entre les parties, ceux-ci sont exempts de défaut comme retenu à juste titre par le Tribunal.

---

## Sous-location

**Une locataire, qui utilise depuis neuf ans un logement considéré comme pied-à-terre à raison d'une occupation de six à huit jours par mois et dont elle n'assume qu'une faible partie des coûts, abuse de son droit de sous-louer, pour conserver la mainmise sur un logement à un prix raisonnable en prévision d'un retour à Genève qui reste aléatoire.**

---

### Untermiete

Eine Mieterin, die ihre Wohnung seit neun Jahren lediglich während sechs bis acht Tagen pro Monat als Zweitwohnung nutzt und nur für einen geringen Teil der Kosten aufkommt, missbraucht ihr Recht zur Untervermietung, da sie sich dadurch für den Fall einer möglichen Rückkehr nach Genf eine preisgünstige Wohnung sichert.

---

### Sublocazione

Una conduttrice che utilizza da nove anni un'abitazione considerata pied-à-terre per risiedervi da sei a otto giorni al mese e per la quale si fa carico solo di una piccola parte dei costi abusa del suo diritto di subaffitto per mantenere il controllo di un'abitazione a un prezzo ragionevole in previsione di un eventuale ritorno a Ginevra.



## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail du 5 avril 2000 portant sur la location d'un appartement de 4,5 pièces sis au 3<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis au Petit-Sacconex.

Le 5 janvier 2009, la locataire a conclu un contrat de durée indéterminée avec une entreprise sise à Zurich. Le 10 janvier 2009, la locataire a sous-loué une chambre meublée de son appartement avec accès aux parties communes.

Par avis du 12 octobre 2011, le bailleur a signifié à la locataire une résiliation ordinaire du bail pour le 31 mai 2012, au motif que la sous-location des locaux était intervenue sans autorisation du bailleur et que la locataire n'avait jamais eu l'intention de revenir vivre et travailler à Genève. Le congé a été annulé par arrêt du Tribunal fédéral du 9 septembre 2015.

Le 3 mars 2015, la locataire a sollicité le consentement du bailleur pour une nouvelle sous-location partielle. Le 18 mars 2015, le bailleur a refusé son consentement au motif que la locataire avait perdu toute idée de reprendre un jour l'usage des locaux.

Par avis officiel du 22 octobre 2015, le bailleur a résilié le bail avec effet immédiat pour le 30 novembre 2015, en application de l'art. 257f al. 3 CO.

Le congé a été contesté par la locataire auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers le 23 novembre 2015. La tentative de conciliation ayant échoué, la locataire a saisi le Tribunal des baux et loyers le 25 février 2016.

Par jugement du 20 février 2017, le Tribunal a déclaré inefficace le congé notifié le 22 octobre 2015 pour le 30 novembre 2015. Le bailleur a interjeté appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

4. L'appelant fait grief aux premiers juges d'avoir procédé à une appréciation arbitraire des faits; les juges auraient dû constater que la locataire avait perdu toute intention de réintégrer le logement dans un avenir prévisible, commettant ainsi un abus de droit en persistant à sous-louer son logement, ce que corroborait la conclusion d'un nouveau bail de sous-location dès le 15 mars 2017. En outre, les conditions de la sous-location étaient abusives dès lors que

le montant de la sous-location représentait 75 % du loyer principal pour une seule chambre meublée.

4.1 Lorsque le maintien d'un bail d'habitation est devenu insupportable pour le bailleur parce que le locataire, nonobstant une protestation écrite, persiste à enfreindre son devoir de diligence, le bailleur peut résilier le contrat moyennant un délai de congé minimum de 30 jours pour la fin d'un mois (cf. art. 257f al. 3 CO). Une sous-location sans le consentement du bailleur peut justifier une résiliation anticipée selon cette disposition. Encore faut-il que le bailleur ait été en droit de refuser son consentement (cf. art. 262 al. 2 CO; ATF 134 III 300 consid. 3.1 p. 302 s.) ou que le locataire abuse de son droit à la sous-location (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_209/2014 du 16 décembre 2014, consid. 4.1).

4.2 Selon la jurisprudence, lorsque la résiliation est donnée par le bailleur en relation avec la sous-location de la chose louée, à laquelle le locataire peut prétendre aux conditions de l'art. 262 CO (cf. art. 271a al. 1 let. a CO; ATF 138 III 59 consid. 2.2.1 p. 62 s.; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_290/2015 précité consid. 4.2), il faut distinguer selon que la sous-location est totale ou seulement partielle (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_290/2015 déjà cité consid. 4.3 et 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_227/2017 du 5 septembre 2017, consid. 4.2).

4.3 En cas de sous-location partielle, il faut distinguer, d'une part, selon que le locataire principal utilise encore les locaux ou ne les utilise plus et, d'autre part, selon que le bailleur avait donné ou non son consentement (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_290/2015 précité consid. 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_227/2017 précité consid. 4.2.2).

Si le locataire continue à utiliser les locaux, mais n'avait pas obtenu le consentement du bailleur à la sous-location, il convient de raisonner comme en cas de sous-location totale (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_227/2017 précité consid. 4.2.2.1 in fine).

4.4 En cas de sous-location totale et si le bailleur n'a pas donné son consentement à la sous-location, il peut valablement résilier le bail s'il était en droit de refuser son consentement, de même qu'en cas d'abus de droit du locataire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_290/2015 précité consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_227/2017 précité consid. 4.2.1.1).

Les cas dans lesquels le bailleur peut refuser son consentement, énumérés de manière exhaustive à l'art. 262 al. 2 CO, sont les suivants: lorsque le locataire re-

fuse de lui communiquer les conditions de la sous-location (a), lorsque les conditions de la sous-location, comparées à celle du contrat de bail, sont abusives (b), et lorsque la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs (c).

A ces cas s'ajoute l'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC : en effet, lorsque le locataire abuse de son droit à la sous-location, il ne saurait être protégé et il faut raisonner comme si son droit n'existait pas (ATF 134 III 446 consid. 2.4. p. 450; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_367/2010 du 4 octobre 2010 consid. 2.1). Selon la jurisprudence, la sous-location est en principe conçue pour le cas où le locataire n'a temporairement plus l'usage de la chose louée – par exemple en raison d'un stage professionnel ou d'études dans un autre lieu – ; il le remet alors provisoirement à un tiers pour se décharger, d'un point de vue économique, du fardeau du loyer le temps de son absence (ATF 138 III 59 consid. 2.2.1 p. 62 s.).

Il y a abus de droit si le locataire a perdu toute idée de reprendre dans un avenir prévisible l'usage de la chose louée et qu'il a procédé en réalité à une substitution de locataires, ce qui est un but étranger à l'institution même de la sous-location (ATF 138 III 59 consid. 2.2.1 p. 63; 134 III 446 consid. 2.4. p. 450). Certes, un locataire qui quitte un logement peut penser avoir un jour un intérêt à revenir dans les locaux qu'il abandonne. Surtout en période de pénurie de logements, il peut avoir un intérêt à garder un certain droit sur les locaux. Toutefois, on ne saurait admettre que la sous-location soit dénaturée et conduise à éluder les conditions d'un transfert du bail. Le juge doit donc se montrer relativement strict dans l'examen de l'intention, qui doit résulter d'un besoin légitime et clairement perceptible (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_367/2010 du 4 octobre 2010 consid. 2.1 in fine, in CdB 2011 p. 15), du locataire de réintégrer les locaux loués. La vague possibilité de réintégrer peut-être un jour soi-même l'objet loué ne suffit pas à justifier une sous-location (ATF 138 III 59 consid. 2.2.1 p. 63).

4.5 Dans une décision récente, le Tribunal fédéral a retenu qu'il ne suffisait pas d'établir une quelconque utilisation de la chose louée par le locataire pour en déduire de facto qu'il avait le droit de la sous-louer partiellement; l'hypothèse de l'abus de droit pouvait être retenue même lorsqu'il utilisait encore partiellement les locaux; le juge devait donc examiner toutes les circonstances du cas concret pour déterminer si le locataire commettait ou non un abus de droit en se prévalant du droit à la sous-location (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_290/2015 consid. 4.4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_556/2015 du 3 mai 2016 consid. 3.3).

Le Tribunal fédéral a retenu que le locataire, parti vivre en Espagne après sa retraite une année avant le congé,

mais qui souhaitait revenir à Genève d'ici à quelques années et qui occupait le logement quatre à six semaines par année, abusait de son droit de sous-louer le logement; un usage aussi sporadique de l'appartement comme pied-à-terre avec une participation infime au coût du loyer – en l'occurrence Fr. 81.- sur Fr. 831.- de loyer charges comprises – ne pouvait fonder un droit à la sous-location; le locataire qui utilisait quatre à six semaines par an l'appartement loué dont le coût était essentiellement supporté par une tierce personne, alors que sa fille disposait d'un pied-à-terre dans la même ville, abusait de son droit à la sous-location pour conserver la mainmise sur un appartement au loyer manifestement avantageux, en prévision d'un retour très aléatoire en Suisse (arrêt précité 4A\_556/2015 du 3 mai 2016 consid. 3.5).

4.6 Le bailleur qui notifie un congé fondé sur l'art. 257f al. 3 CO doit prouver les faits qui en sont la condition. Lorsque, comme en l'espèce, le bailleur soutient que le locataire a procédé à une sous-location abusive, consistant en réalité à une substitution de locataire, il lui incombe, conformément à l'art. 8 CC, d'apporter la preuve des faits permettant de parvenir à cette conviction (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_367/2010 du 4 octobre 2010 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_209/2014 du 16 décembre 2014, consid. 4.1).

4.7.1 En l'espèce, il est établi que la sous-location l'a été sans autorisation du bailleur, qui a refusé d'y consentir le 18 mars 2015.

Cette sous-location doit en outre être qualifiée de partielle, dès lors que le contrat de sous-location prévoit expressément que la sous-locataire ne bénéficiait de la jouissance que d'une seule chambre, qui était privative, et de la jouissance des espaces communs tels que la salle-de-bains, la cuisine et le salon. L'audition de la sous-locataire, a mis en lumière que l'intimée se rendait dans le logement à raison de deux fois par mois, y restait entre trois et quatre jours, soit un total de six à huit jours par mois et y occupait la deuxième chambre du logement dont elle avait conservé l'usage exclusif et qu'elle partageait, depuis le début de l'année 2016, avec son fils H.

Son occupation effective du logement résulte en outre du témoignage de la sous-locataire qui a expliqué que l'intimée s'y rendait deux week-ends par mois environ, d'avantage depuis l'arrivée de son fils soit jusqu'à quatre jours et qu'elle partageait sa chambre avec son fils; il lui arrivait d'occuper également la chambre de l'intimée lors de son absence; la proportion de 75 % qu'elle réglait à titre de sous-loyer s'expliquait par le fait qu'elle était plus souvent présente dans le logement et qu'elle disposait de l'usage

des meubles, propriété de l'intimée. Ces éléments suffisaient à eux-seuls pour fonder l'existence d'une sous-location partielle du logement par l'intimée.

Enfin, les premiers juges ont expliqué de manière convaincante que l'intimée utilisait de manière effective le logement malgré le transfert de son domicile à Zurich depuis l'année 2009, ceci tant pour des raisons professionnelles – son emploi la contraignait à se rendre à Genève ou en Suisse romande une fois par semaine – que personnelles – elle se rendait en effet plus fréquemment à Genève pour que son fils puisse y rencontrer sa famille.

C'est à juste titre que le Tribunal a également estimé probants les titres versés à la procédure, notamment les courriels échangés avec la sous-locataire attestant que les frais de téléphone étaient partagés selon les conversations de chacune, tout comme le partage du loyer à raison de 75 % à charge de la sous-locataire et 25 % à charge de l'intimée, preuves d'un usage, certes partiel, mais effectif du logement, contrairement à l'avis de l'appelant qui soutient que la sous-location du logement était totale et que l'intimée n'y habitait plus.

Partant, les premiers juges sont justement arrivés au constat que la sous-location était partielle, qu'elle avait été effectuée sans l'autorisation du bailleur et que l'intimée utilisait encore l'appartement.

4.7.2 Reste dès lors à examiner si l'appelant était rétroactivement autorisé à refuser son consentement à cette sous-location ou encore si la sous-location partielle était constitutive d'un cas d'abus de droit.

Sur ce point, les premiers juges ne pouvaient considérer, sans examen plus approfondi, que la sous-location ne pouvait être considérée comme abusive du simple fait que celle-ci n'était que partielle et aussi longtemps que l'intimée continuait à habiter l'appartement régulièrement. En effet, ce raisonnement se heurte à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral qui a expressément admis que l'abus de droit pouvait être retenu également dans l'hypothèse d'une sous-location partielle.

Le présent cas s'en rapproche en ce sens que l'intimée s'est installée à Zurich depuis le mois de janvier 2009 suite à sa prise d'emploi au sein du siège zurichois de D; elle a déplacé officiellement son domicile légal dans cette ville et y a acquis le logement dans lequel elle réside aujourd'hui. Selon l'expérience générale de la vie, le locataire qui acquiert un logement et s'y établit à l'intention de créer ainsi une situation durable (cf. ATF 4A\_367/2010 du 4 octobre 2010, consid. 2.3). Cette installation durable à Zurich se confirme également, depuis l'accueil à l'adoption de son fils H en début d'année 2016, par son placement en crèche à Zurich à raison de 4 jours par semaine. Il en résulte que

l'occupation du logement considéré, à raison de six à huit jours par mois, reste celle d'un pied-à-terre, et répond certes à un besoin professionnel de l'intimée, mais qui demeure limité, à raison d'un déplacement par semaine à Genève ou en Suisse romande aux dires de sa supérieure hiérarchique. L'intimée se rend donc essentiellement à Genève pour y visiter ses proches et sa famille. La part de loyer acquittée par l'intimée reste faible, à raison de 25 % du montant du loyer principal, preuve d'une occupation effective de faible ampleur.

Le cas se distingue en revanche de l'arrêt du 3 mai 2016 par l'éloignement géographique; la perspective d'une réintégration du logement est plus marquée lorsque l'on est établi à Zurich plutôt que dans un pays étranger plus éloigné; la fréquence de l'occupation du logement sous-loué par l'intimée n'est pas sporadique, mais reste marginale; enfin, la participation au paiement du loyer ne peut être qualifiée d'infime, mais reste faible.

Dans le présent cas, le transfert de domicile de l'intimée à Zurich est durable, tout comme son engagement au siège zurichois de D, qui remontent à 9 ans. La volonté de l'intimée de rendre la sous-location pérenne résulte de la conclusion successive de trois contrats de sous-location, sans discontinuer depuis le mois de janvier 2009, et pour la dernière fois au mois de mars 2017, chacun des contrats étant conclu pour des durées indéterminées. Le caractère provisoire de la sous-location, même partielle, du logement, ne saurait être retenu lorsque cette dernière s'étend sur une période de 9 ans comme en l'espèce. Au cas contraire, cela reviendrait à considérer que la sous-location peut se prolonger ad aeternam, finalité prohibée par la jurisprudence et qui viderait de sa substance le droit de sous-louer. En effet, avec la construction mise en place, les sous-locataires de l'intimée se retrouvent bel et bien dans la position d'un locataire principal, qui a une jouissance quasi-totale de l'appartement et en assume économiquement la très grande majorité des coûts.

A cela s'ajoute que les perspectives d'une réintégration du logement considéré ne peuvent être déduites de la simple déclaration de l'intimée de vouloir revenir travailler à Genève au sein de l'antenne genevoise de D. En effet, sa supérieure hiérarchique n'a pas été en mesure de confirmer un déplacement du lieu de travail de l'intimée à Genève dès lors qu'aucune décision n'avait encore été prise en raison de changements en été 2017 au niveau du leadership de D. Une intensification de la présence de l'intimée à Genève et, partant, dans l'occupation du logement considéré, n'est qu'hypothétique et n'est pas déterminable dans le temps. En l'absence de tout changement effectif dans la situation professionnelle et personnelle de l'intimée, son intention de réintégrer le logement demeure

vague et ne se fonde pas sur un besoin légitime et clairement perceptible, mais sur un événement futur incertain, qui potentiellement ne pourrait également jamais survenir.

En conclusion, l'intimée, qui utilise depuis 9 ans le logement considéré comme pied-à-terre à raison d'une occupation de six à huit jours par mois et dont elle n'assume qu'une faible partie des coûts, abuse donc de son droit de sous-louer, pour conserver la mainmise sur un logement à un prix raisonnable en prévision d'un retour à Genève qui reste aléatoire.

L'appelant était donc en droit de refuser son consentement à la sous-location, si bien que le congé anticipé, fondé sur l'art. 257f al. 3 CO, doit être déclaré efficace.

Au vu du motif du congé, une prolongation de bail n'entre pas en ligne de compte (cf. art. 272a let. b CO).

4.7.3 La question du caractère abusif du montant de la sous-location n'a pas lieu d'être tranchée dès lors que l'existence d'un abus de droit de l'intimée en se prévalant du droit de sous-louer suffit à rendre efficace le congé notifié en application de l'art. 257f al. 3 CO, une vaine mise en demeure de mettre un terme à la sous-location et de réintégrer le logement ayant été adressée à l'intimée le 23 septembre 2015.

Le chiffre 1 du dispositif du jugement entrepris sera donc annulé et le congé anticipé, notifié le 22 octobre 2015 pour le 30 novembre 2015, déclaré efficace.

---

Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers du 16 avril 2018 (ACJC/458/2018)

---

---

## Transfert de bail commercial – transfert de garantie

Lorsque la sous-bailleresse a accepté le transfert du bail en faveur d'un nouvel exploitant et signé avec celui-ci un nouveau contrat d'exploitation, il en est résulté qu'en exécution de ce contrat de transfert, le nouvel exploitant est devenu titulaire de tous les droits découlant du bail, soit y compris de la créance portant sur la garantie de loyer.

---

## Übertragung des Geschäftsmietvertrags – Übertragung der Mietkaution

Hat die Untervermieterin die Übertragung des Mietvertrags auf einen neuen Gewerbetreibenden akzeptiert und mit diesem einen neuen Nutzungsvertrag unterzeichnet, gehen im Rahmen dieser Übertragung sämtliche Rechte aus dem Mietvertrag an den neuen Gewerbetreibenden über; das gilt auch für die Forderung der Mietkaution.

---

## Trasferimento della locazione commerciale – cessione della garanzia

La sublocatrice ha accettato il trasferimento della locazione a favore di un nuovo conduttore e ha firmato con lui un nuovo contratto di locazione. In virtù del contratto di trasferimento, il nuovo conduttore è diventato titolare di tutti i diritti derivanti dalla locazione, incluso il credito relativo al deposito della garanzia locativa.

## Exposé des faits

Les parties sont liées depuis le 19 décembre 2011 par un contrat de bail à loyer portant sur la sous-location d'un local sis à Chêne-Bougeries en vue de l'exploitation d'un café-bar-dancing. L'article II du contrat prévoit ce qui suit : « Dépôt de garantie – Le dépôt de la garantie est fixé à Fr. 9000.- et a été remis à la locataire principale le 21 juin 2010. Cette somme sera restituée au sous-locataire lors de son départ ».

En septembre 2011, le sous-locataire a souhaité remettre les locaux pour la fin du mois. Il a alors présenté à la sous-bailleresse un repreneur éventuel que la sous-bailleresse a accepté. Dès 1<sup>er</sup> octobre 2011, l'exploitation des locaux, ainsi que la sous-location, ont été repris par le nouveau sous-locataire, en accord avec la sous-bailleresse et l'ancien sous-locataire. Le contrat contient la même clause concernant la garantie que celui signé précédemment.

Le 31 janvier 2012, la sous-bailleresse a résilié avec effet immédiat le contrat conclu avec le nouveau sous-locataire, au motif que les loyers étaient impayés. Par courrier du 7 février 2012, ce dernier a contesté être en retard du paiement du loyer, précisant que les loyers pouvaient être prélevés de la garantie de Fr. 9000.- déposée lors de la signature du contrat.

Par courrier du 8 mai 2012, le premier sous-locataire a réclamé à la sous-bailleresse la restitution de la garantie de Fr. 9000.-.

Le 23 novembre 2015, le premier sous-locataire a déposé une requête de conciliation auprès de la juridiction des baux et loyers concluant notamment à la restitution de la garantie de loyer de Fr. 9000.-. Il y a notamment indiqué qu'au moment de la reprise du commerce, il avait été convenu qu'il laisserait temporairement la garantie de loyer en mains de la sous-bailleresse, le temps que le nouveau sous-locataire soit en mesure d'en verser une à son nom.

La cause n'a pas été conciliée et portée devant le Tribunal des baux et loyers. Celui-ci a rendu un jugement le 12 décembre 2016, rejetant les conclusions du premier sous-locataire. Celui-ci a interjeté appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

4. Le recourant fait valoir que, dans la mesure où la garantie de loyer n'a pas été versée par l'intimée sur un compte bancaire bloqué, comme l'exige l'art. 257e CO, cette dernière devait être condamnée à lui restituer la somme correspondante. Selon lui, le Tribunal ne devait pas examiner ce qu'il s'est passé par la suite au sujet de cette garantie.

Dans la mesure où il a été retenu, en fait, que les parties à la présente cause ont convenu d'un transfert du sous-bail et qu'un contrat de prêt a été conclu entre le recourant et le nouvel exploitant, au début octobre 2011, au sujet du montant de la garantie de Fr. 9000, c'est ce dernier qui est devenu titulaire de la créance en restitution de la garantie, à l'encontre de l'intimée. Dans ce contexte, et comme l'ont retenu les premiers juges, le recourant n'est plus habilité, depuis le début octobre 2011, à exiger de l'intimée la restitution du montant de Fr. 9000.

5. Le recourant soutient ensuite que, dans l'hypothèse où il faudrait admettre l'existence d'un contrat de prêt entre lui-même et le nouvel exploitant, la mise en œuvre de ce contrat de prêt impliquerait une cession de créance qui serait nulle, faute d'avoir été établie sous la forme écrite, comme l'exige l'art. 165 al. 1 CO.

5.1 Il découle de l'état de fait retenu ci-dessus que le recourant a cherché, dans le courant de septembre 2011, à remettre l'exploitation des locaux ici en cause à un nouveau sous-locataire, qui viendrait le remplacer dans les relations contractuelles qui le liaient à l'intimée. Celle-ci s'étant déclarée d'accord de poursuivre le contrat avec le repreneur, les parties ont procédé à un transfert de bail, au sens visé par l'art. 263 CO. En effet, le nouvel exploitant n'a pas repris que la titularité de la créance en restitution de la garantie, à l'encontre de la sous-bailleresse, mais il a repris l'ensemble des droits et obligations découlant du contrat de sous-location du 1<sup>er</sup> juin 2011, initialement conclu par le recourant.

Or, selon l'art. 263 al. 1 CO, le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur. Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs (art. 263 al. 2 CO). Le consentement de ce dernier suppose qu'une demande de transfert lui ait été présentée par le locataire transférant, demande dont celui-ci doit apporter la preuve. Le bailleur doit ensuite consentir par écrit au transfert. Faute de consentement de sa part, la convention passée entre le locataire et le tiers n'a aucun effet sur les rapports juri-

diques entre le locataire et le bailleur. Pour des questions de preuves, l'art. 263 al. 1 CO exige que le consentement du bailleur soit donné sous la forme écrite.

Selon le Tribunal fédéral, le contrat de remise de commerce est un contrat sui generis puisque, au vu de la diversité des prestations auxquelles il donne naissance, il n'est pas possible de le qualifier d'emblée de vente mobilière. La jurisprudence a ainsi retenu qu'une convention qui prévoyait la cession du mobilier, de l'agencement, du matériel, des installations, ainsi que du droit au bail, de la clientèle et de l'enseigne, devait être qualifiée comme telle, à savoir de contrat sui generis (SJ 1987 p. 179; ATF 129 III 18). De manière générale toutefois, la remise de commerce dans le cadre d'un transfert de bail sera soumise aux règles applicables à la vente mobilière. Compte tenu des règles de forme applicables à la vente mobilière, ce contrat peut dès lors être conclu oralement, même si la forme écrite est vivement conseillée (CPra BAIL-BISE/PLANAS, n 27 à 28 ad. art. 263 CO). Le transfert des droits et obligations du locataire sortant en faveur du locataire reprenneur (dont fait partie le droit à la restitution d'une garantie fournie en espèces) peut donc être effectué sans qu'il ait été opéré sous la forme écrite.

5.2 En l'espèce, la sous-bailleresse a accepté le transfert du bail en faveur du nouvel exploitant et a signé avec celui-ci un nouveau contrat d'exploitation daté du 1<sup>er</sup> octobre 2011. La forme écrite prescrite par l'art. 263 al. 1 CO est dès lors respectée. En exécution de ce contrat de transfert, le nouvel exploitant est devenu titulaire de tous les droits découlant du bail, soit y compris de la créance portant sur la garantie de loyer. La garantie a en effet été fournie, dans le cas d'espèce, par le locataire sortant, qui reste en principe libre de la transférer au locataire reprenneur puisqu'aucun tiers (par exemple un établissement bancaire) n'est impliqué dans la constitution de ladite garantie (cf. JACQUEMOUD-ROSSARI, Le transfert du bail commercial, 8<sup>ème</sup> séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, p. 17). C'est donc à juste titre que le Tribunal n'a pas fait application des dispositions relatives à la forme écrite de la cession de créance (art. 165 et 11 CO).

5.3 Le recours sera par conséquent rejeté.

---

Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers du 16 octobre 2017 (ACJC/1320/2017)

---

---

## Congé ordinaire et congé extraordinaire

La résiliation intervenue pour l'échéance contractuelle du bail doit être considérée comme une résiliation ordinaire (art. 266a CO) et non une résiliation extraordinaire (art. 257f CO), même si elle intervient dix jours après une mise en demeure. En effet, tant dans la mise en demeure que dans l'avis de résiliation il n'a pas été fait mention de l'art. 257f CO et le fait qu'il ait été demandé à la locataire de cesser «immédiatement» ses agissements n'est pas suffisant à considérer que la mise en demeure s'inscrivait dans le cadre de la disposition précitée.

---

### Ordentliche und ausserordentliche Kündigung

Bei einer Kündigung, auf einen vertraglich vereinbarten Kündigungstermin hin, handelt es sich um eine ordentliche Kündigung (Art. 266a OR) und nicht um eine ausserordentliche Kündigung (Art. 257f OR), selbst wenn sie zehn Tage nach einer Mahnung erfolgte. In der Tat wurde weder in der Mahnung noch im Kündigungsschreiben auf Artikel 257f OR Bezug genommen und allein die Tatsache, dass die Mieterin aufgefordert wurde, ihr Treiben «unverzüglich» zu unterlassen, genügt nicht, um die Mahnung unter die erwähnte Bestimmung zu stellen.

---

### Disdetta ordinaria e straordinaria

La fine della locazione per scadenza contrattuale deve essere considerata una disdetta ordinaria (art. 266a CO) e non una disdetta straordinaria (art. 257f CO), anche se avviene dieci giorni dopo una messa in mora. Infatti, non è stato menzionato l'articolo 257f CO né nella messa in mora né nell'avviso di disdetta e il fatto che sia stato chiesto alla conduttrice di cessare «immediatamente» le sue pratiche non basta per far rientrare la messa in mora nel quadro della disposizione menzionata.



## Exposé des faits

Les parties sont liées depuis le 26 mars 2002 par deux contrats de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 4 pièces au 2<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis au Petit-Lancy, ainsi que d'un box. Ils étaient conclus du 16 avril 2002 au 31 octobre 2002, renouvelables de mois en mois, sauf résiliation moyennant un préavis de trois mois.

Par courrier du 11 mai 2016, la régie, faisant suite à de nombreuses plaintes de locataires concernant des cris et des bruits émanant de l'appartement de la locataire, a rappelé à celle-ci l'art.43 b des règles et usages locatifs appliqués dans le canton de Genève, selon lequel il est interdit d'incommoder les voisins d'une manière quelconque. Elle l'a en conséquence mise en demeure de cesser immédiatement ses agissements, à défaut de quoi elle se verrait contrainte « de prendre les mesures qui s'imposent ». Une locataire a également fait intervenir la gendarmerie pour des nuisances importantes (cris, injures, déplacement de meubles), qui a dressé un constat.

Par avis officiels du 20 mai 2016, la bailleresse a résilié les baux pour le 31 août 2016. La bailleresse soutient qu'il s'agit de congés ordinaires, notifiés trois mois à l'avance pour la fin d'un mois, s'estimant en droit de notifier une mise en demeure aux locataires pour leur laisser la chance de rectifier leur comportement. Les locataires affirment qu'il s'agit de congés extraordinaires au sens de l'art. 257f CO, puisqu'il y eu mise en demeure.

Par requête du 29 juin 2016, déclarée non conciliée le 15 septembre 2016 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 28 septembre 2016, les locataires ont conclu à l'inefficacité des congés, subsidiairement à leur annulation, et plus subsidiairement encore à une prolongation de bail de quatre ans.

Par jugement du 13 décembre 2016, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la requête en contestation de congé des locataires. Les locataires ont formé appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

2.1.1 Le droit du bail distingue le congé ordinaire des congés extraordinaires.

Le congé ordinaire est celui prévu par l'art. 266a CO, aux termes duquel, lorsque le bail est de durée indéterminée, une partie peut le résilier en observant les délais de

congé et les termes légaux, sauf si un délai plus long ou un autre terme ont été convenus (al. 1). Sa validité dépend en principe – outre les conditions de forme – de la simple observation du délai et du terme de résiliation convenus (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_464/2014 du 21 novembre 2014, consid. 4).

Le congé extraordinaire est celui qui est donné de manière anticipée, en particulier en application de l'art. 257f al. 3 CO, qui permet au bailleur de résilier de façon anticipée, moyennant un délai de congé minimum de trente jours pour la fin d'un mois, le bail portant sur un logement ou un local commercial, lorsque le maintien du bail est devenu insupportable pour lui ou pour les voisins et que le locataire persiste, en dépit d'une protestation écrite, à enfreindre son devoir de diligence ou manque d'égards envers ses voisins.

Le congé ordinaire peut se fonder sur des motifs qui pourraient justifier un congé extraordinaire, par exemple la violation de la diligence et des égards envers les voisins au sens de l'art 257f al. 3 CO (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_351/2015 du 5 août 2015 consid. 3.2).

2.1.2 La question de savoir si l'on se trouve en présence d'un congé ordinaire ou extraordinaire s'examine à la lumière du principe de la confiance (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_196/2016 du 24 octobre 2016 consid. 3.1.2; ATF 135 III 441 consid. 3.3). Cette interprétation objective conduit le juge à dégager le sens que le destinataire d'une déclaration peut et doit lui attribuer selon les règles de la bonne foi, d'après le texte et le contexte, ainsi que les circonstances qui l'ont précédé ou accompagné (arrêt de la Cour de justice ACJC/247/2009 du 9 mars 2009 et références citées).

2.1.3 Dans un arrêt isolé 4A\_464/2014 du 21 novembre 2014 consid. 4, critiqué par la doctrine et cité par les premiers juges, le Tribunal fédéral a retenu qu'un congé ordinaire était moins favorable à la locataire qu'un congé extraordinaire, dans la mesure où il ne permettait pas à celle-ci de rétablir une situation conforme au droit après mise en demeure. Dès lors, le congé ordinaire dénotait d'une disproportion grossière des intérêts en présence et d'un usage inutilement rigoureux du droit à la résiliation du bailleur.

2.2 Dans le cas d'espèce, les résiliations ont été notifiées pour l'échéance contractuelle des deux baux. Il n'est aucunement fait mention de l'art. 257f CO, ni de la mise en demeure du 11 mai 2016 sur les avis de résiliations. Cette mise en demeure ne fait pas non plus référence à

l'art. 257f CO, étant uniquement indiqué que « les mesures qui s'imposent » seraient prises en cas de persistance. Les appelants, qui ne prétendent pas avoir de connaissances juridiques particulières, ne peuvent, de bonne foi, soutenir qu'ils ont compris la citation in extenso dans ce courrier de l'art. 43b des règles et usages locatifs relatif aux égards que se doivent les voisins comme une référence implicite à l'art. 257f CO, soit une mise en demeure sous menace de résiliation immédiate. Le fait qu'il était demandé à l'appelante de cesser « immédiatement » ses agissements n'est pas non plus suffisant à considérer que la mise en demeure s'inscrivait dans le cadre de la disposition précitée.

Il est vrai que la résiliation est intervenue seulement dix jours après la mise en demeure. Cependant l'échéance du congé y est clairement indiquée, soit le 31 août 2016. Les appelants ne pouvaient ainsi de bonne foi considérer qu'il s'agissait d'une résiliation immédiate, fondée sur l'art. 257f CO.

Au vu de ce qui précède, c'est justement que les premiers juges ont retenu que les appelants ne pouvaient comprendre le congé donné que comme un congé ordinaire.

Les courriers et autres attestations postérieures à la résiliation ne permettent pas de parvenir à une autre conclusion. Tout au plus, démontrent-ils qu'une mise en demeure sous menace de résiliation aurait été vaine, et qu'ainsi la voie du congé ordinaire s'avère moins rigoureuse que celle du congé extraordinaire, dont les conditions auraient été réalisées, et qui aurait contraint les locataires à libérer l'appartement dans un délai de trente jours sans possibilité de prolongation. Comme le soutient en outre l'intimée, la mise en demeure du 11 mai 2016 permettait à l'appelante de modifier son comportement pour éviter une résiliation ordinaire. La présente espèce se distingue en cela du cas très particulier de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_464/2014 cité ci-dessus.

Il n'est plus contesté que ce congé n'a pas fait l'objet d'une contestation dans le délai de trente jours de l'art. 273 al. 1 CO.

Au vu des considérations qui précèdent, le jugement querellé sera confirmé.

---

## Kündigungsschutz bei einem gemischten Vertrag

Bei einem Aufenthaltsvertrag für betreutes Wohnen – i.S. eines gemischten Vertrages – kommt im Streitfall die sog. Kombinationstheorie zum Tragen (E. 3.5.2). Lässt sich der Alltag in einem Wohnheim trotz Betreuungsangebots weitgehend autonom gestalten und ist im Hinblick auf die Kündigung die Interessenlage der Bewohner primär darin zu sehen, dass sie durch die Wohngruppe ein Zuhause haben, so finden die Formvorschriften und Kündigungsschutzbestimmungen des Mietrechts Anwendung. Insbesondere wenn es sich bei den Bewohnern um wirtschaftlich und sozial schwächere Parteien handelt (E. 3.6.3-3.6.6).

---

### Protection contre les congés dans le cas d'un contrat mixte

Dans le cas d'un contrat de séjour avec assistance à domicile prenant la forme d'un contrat mixte, la théorie dite de la combinaison s'applique en cas de litige (consid. 3.5.2). Si la vie quotidienne dans un foyer d'accueil peut s'organiser de manière largement autonome malgré l'offre d'assistance et si, dans la perspective d'une résiliation, l'intérêt des résidents réside principalement dans le fait qu'ils disposent d'un foyer par l'intermédiaire du groupe résidentiel, les exigences formelles et les dispositions du droit du bail relatives à la protection contre les congés s'appliquent, en particulier lorsque les résidents sont des parties économiquement et socialement faibles (consid. 3.6.3-3.6.6).

---

### Protezione contro la disdetta per un contratto misto

Nel caso di un contratto di residenza per forme di alloggio con assistenza – ai sensi di un contratto misto – si applica in caso di controversie la cosiddetta teoria della combinazione (consid. 3.5.2). Se la vita quotidiana in una residenza, nonostante le offerte di assistenza, può essere organizzata in gran parte in modo autonomo e se il principale vantaggio dei residenti è quello di avere la garanzia di un alloggio grazie al gruppo residenziale, per la disdetta del contratto di locazione si applicano i requisiti formali e le disposizioni per la protezione contro la disdetta del diritto di locazione, in particolare quando i residenti sono parti economicamente e socialmente più deboli (consid. 3.6.3-3.6.6).

## Sachverhalt

A. B. [Bewohnerin] und der Verein C. schlossen am 9. Dezember 2009 einen «Aufenthaltsvertrag für Bewohnerinnen und Bewohner» ab. Der Eintritt in die Wohngruppe Z. für Menschen mit einer psychischen Beeinträchtigung sollte per 1. Januar 2010 erfolgen. Der Aufenthaltsvertrag enthielt ein möbliertes Zimmer, sämtliche Mahlzeiten, Besorgung der Hauswäsche und die Betreuung sowie Beratung durch den Verein C. in lebenspraktischen Bereichen.

Nach einem Konflikt zwischen A. B. und einer Mitbewohnerin, wurde Erstere in einem Gespräch vom 9. August 2016 darauf aufmerksam gemacht, dass sie nicht in der Wohngruppe wohnen könne, wenn sie sich bedrohlich verhalte. Im Schreiben vom 11. August 2016 sprach der Verein C. gegenüber A. B. eine schriftliche Verwarnung mit Kündigungsandrohung aus. Dieser Schritt wurde mit einer erneuten Eskalation trotz mündlicher und schriftlicher Verwarnung begründet. Das als problematisch bezeichnete Verhalten von A. B. wurde in einer «individuellen Vereinbarung» zwischen dem Verein C. und A. B. vom 16. August 2016 sowie in einem Gespräch am 18. August 2016 thematisiert.

Der Verein C. kündigte den Aufenthaltsvertrag mit A. B. zunächst mit Schreiben vom 23. September 2016 und danach nochmals mit Schreiben vom 11. Januar 2017. A. B. focht die Kündigungen fristgerecht an und reichte – nach gescheiterten Schlichtungsverhandlungen – ihre Klage am Mietgericht ein. Das Mietgericht erklärte beide Kündigungen des Vereins C. als wirksam und gültig. Gegen diesen Entscheid erhob A. B. Beschwerde vor dem Obergericht Zürich. Dieses beschäftigte sich eingängig mit der Frage, ob das Mietgericht in sachlicher Hinsicht zuständig war und die mietrechtlichen Bestimmungen über Wohn- und Geschäftsräume auf das im Streit liegende Element des Aufenthaltsvertrages Anwendung finden.

## Aus den Erwägungen

### 2. Sachliche Zuständigkeit

...

2.3.1. [...] Der Kanton Zürich hat für jeden Bezirk ein Mietgericht vorgesehen (vgl. § 3 Abs. 2 GOG/ZH; Art. 4 Abs. 1 ZPO), welches über Streitigkeiten zu befinden hat, wenn es sich um eine solche aus einem Miet- oder Pachtverhältnis über Wohn- oder Geschäftsräume handelt

(§ 21 GOG/ZH). Die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts und des mietgerichtlichen Einzelgerichts beschränkt sich gemäss § 21 Abs. 1 lit. a und § 26 GOG/ZH somit auf alle Klagen aus Mietverträgen, deren vertragsgemässer Gebrauch eines Raums im Wohnen oder Geschäften im Sinne des OR besteht und auf die daher die Bestimmungen über die Wohn- und Geschäftsraummiete des OR Anwendung finden (vgl. OGer ZH NP170010 vom 30. Mai 2017, E. 3.4.2 f.). Unzuständigkeit besteht gemäss Urteil der Kammer unter anderem für die Beurteilung aller Klagen aus Gebrauchsüberlassungsverträgen, die weder als Miete noch als Pacht von Wohn- und/oder Geschäftsraum i.S. des OR zu qualifizieren sind, sondern z.B. als gemischter Vertrag (vgl. OGer ZH NP170010 vom 30. Mai 2017, E. 3.4.3, auf welches sich auch der Verein C. bezieht). In Hinblick auf gemischte Verträge ist die Rechtsprechung der Kammer zu präzisieren. So ist die sachliche Zuständigkeit der Mietgerichte nicht in jedem Fall zu verneinen. Vielmehr ist diese dann zu bejahen, wenn bei einem gemischten Vertrag auf das im Streit liegende Vertragselement die mietrechtlichen Bestimmungen zu Wohn- und Geschäftsräumen des OR im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung als anwendbar erscheinen.

2.3.2. Bei der Frage nach der sachlichen Zuständigkeit und damit der Frage, ob die mietrechtlichen Bestimmungen zu Wohn- und Geschäftsräumen zur Anwendung gelangen, handelt es sich um eine sogenannte doppelt relevante Tatsache. Sie ist damit sowohl für die Zuständigkeit als auch für die Begründetheit der Klage erheblich. Im Rahmen der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ist zu ihrer Beantwortung in erster Linie auf das von A. B. geltend Gemachte abzustellen und dieses ist als wahr zu unterstellen. Allfällige Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich (BSK OR I-KAISER JOB, 6. Aufl. 2015, Art. 33 N 21). Demnach ist im Fall von gemischten Verträgen danach zu fragen, ob A. B. einen Sachverhalt geltend macht, gestützt auf welchen die Anwendung der mietrechtlichen Bestimmungen des OR als angezeigt erscheint. Die Frage nach der tatsächlichen Anwendbarkeit ist erst im Rahmen der materiellen Prüfung abschliessend zu beantworten.

2.4. Vor der Vorinstanz brachte A. B. vor, Gegenstand des Vertrages sei die Überlassung eines möblierten Einzelzimmers zur alleinigen Benützung sowie diverse gemeinschaftliche Räume zur Mitbenützung mit anderen Bewohnerinnen und Bewohnern der Wohngruppe Z. Der Vertrag beinhalte sodann verschiedene Dienstleistungen des Vereins C. zu Gunsten von A. B. Es gehe im Vertrag aber über-

wiegend um die Überlassung von Wohnraum gegen Entgelt, weshalb die mietrechtlichen Bestimmungen des OR zur Anwendung gelangten. Aufgrund der Sachvorbringen von A. B., namentlich aufgrund des von ihr ins Recht gerichteten Vertrages und der Umschreibung desselben, ist von einem gemischten Vertrag auszugehen (vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter E. III./3.), wobei A. B. ihrerseits eher von einem typischen Vertrag mit Beimischung auszugehen scheint, indem sie den dominierenden Charakter des mietrechtlichen Elements betont. So oder anders ist aber die Anwendbarkeit der mietrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen auf das streitgegenständliche Verhältnis zu bejahen, wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. E. III./3.). Entsprechend ist die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts gegeben. Die Vorinstanz ist zu Recht auf die Klage eingetreten.

### 3. Anwendbare Bestimmungen

...

3.4. Bei den Innominatkontrakten wird zwischen gemischten Verträgen und Verträgen eigener Art unterschieden. Gemischte Verträge unterscheiden sich von Verträgen eigener Art dadurch, dass sie verschiedene Vertragstypen kombinieren, während letztere gänzlich neue Schöpfungen darstellen (BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. N 8 ff.). Vom gemischten Vertrag zu unterscheiden ist wiederum der Fall, dass ein Vertragstyp in einer derartigen Weise dominiert, dass der atypischen Leistung untergeordnete Bedeutung zukommt, so dass der Typus der Hauptleistung den ganzen Vertrag regelt (sog. «typischer Vertrag mit Beimischung», BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. N 9). Beim vorliegenden Aufenthaltsvertrag werden verschiedene Vertragstypen kombiniert (Miete, Auftrag, Werkvertrag), ohne dass von Vorneherein ein klarer Schwerpunkt erkannt werden kann. Es ist daher von einem gemischten Vertrag auszugehen und es ist das anwendbare Recht zu bestimmen.

3.5.1. Aus der Inhaltsfreiheit des Vertragsrechtes ergibt sich, dass zum anwendbaren Recht bei gemischten Verträgen als erstes die Frage danach zu stellen ist, was die Parteien im zu beurteilenden Vertrag festgelegt haben oder hätten, wenn sie daran gedacht hätten, eine entsprechende Regelung zu treffen. Die Inhaltsfreiheit wird aber durch zwingendes Vertragstypenrecht begrenzt, welches wiederum zur Anwendung gelangt, wenn der Vertrag dem Vertragstypenrecht mit zwingenden Bestimmungen zugeordnet werden kann. Dies ist anhand der Auslegung der Essentialia zu beantworten (BIBER, Die Anwendung der mietrechtlichen Schutzbestimmungen auf gemischte Ver-

träge, mp 2014 S. 1, Rz. 19 ff.; ZK OR-HIGI, 4. Aufl. 1995, Vorbem. zu Art. 266–266o OR N 174 ff. und N 178).

3.5.2. Das Ergebnis dieser Auslegung hängt aber seinerseits davon ab, nach welcher Rechtsanwendungstheorie vorgegangen wird. Insgesamt ist eine Tendenz des Bundesgerichts feststellbar, auf gemischte Verträge die Kombinationstheorie anzuwenden, was sachgerecht erscheint (vgl. zum Ganzen etwa BGE 139 III 49, E. 3.3; BGE 131 III 528 = Pra 95 [2006] Nr. 43, E. 7.1.; ferner: BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. N 23, m.w.H.; OGer ZH NG110007 vom 26. Januar 2012, E. 2.9.3.; OGer ZH NM080008 vom 20. Oktober 2008, E. 2.9.3.). Anders als bei der Absorptionstheorie ist der gemischte Vertrag nach der Kombinationstheorie nicht dem Recht eines einzigen Vertragstyps zu unterstellen. Vielmehr muss jede Rechtsfrage, welche ein gemischter Vertrag aufwirft, isoliert betrachtet und im Zusammenhang untersucht werden, welches der im Vertrag enthaltenen Typenrechte für diese konkrete Frage dominiert. Hierzu ist vom Schwerpunkt des Vertrages auszugehen, der als einheitliche Gesamtvereinbarung zu erfassen ist (vgl. Regeste von BGE 131 III 528). Der Aspekt des Regelungsschwerpunktes ist demzufolge nur massgebend für die Lösung eines konkreten Rechtsproblems, nicht aber für die Zuordnung eines Vertrags als Ganzes unter einen bestimmten gesetzlichen Vertragstyp. Diese Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnung wird in der juristischen Umgangssprache auch als «Blumenpflücktheorie» bezeichnet. Die zwingenden Gesetzesbestimmungen und damit die mietrechtlichen Schutzbestimmungen finden dann Anwendung, wenn der gemischte Vertrag die Essentialia der Miete enthält und der Regelungsschwerpunkt in der eigentlichen Überlassung eines Raumes liegt. Letztlich steht in einem solchen Fall das Grundbedürfnis, ein Dach über den Kopf zu haben, auf dem Spiel (BIBER, a.a.O., Rz. 85 m.w.H.). Zu beachten ist sodann im Rahmen des zu bestimmenden Rechts, dass es angesichts der wechselseitigen Abhängigkeit der verschiedenen vermischten Vertragselemente nicht möglich ist, Rechtsfragen, welche sich für diese Elemente gleichermaßen stellen (wie z.B. die Kündigung) nach Massgabe jeweils unterschiedlicher Typenrechte zu beantworten; ansonsten müsste der auftragsrechtliche Teil nach Auftrags- und der mietrechtliche Teil nach Mietrecht beurteilt werden. Gemäss dem Bundesgericht ist daher für die spezifische Einzelfrage – hier die Kündigung – von den durch die Typenrechte zur Verfügung gestellten Regeln die adäquateste anzuwenden, wobei Schutzgedanke und Schwerpunkt beim Entscheid über die Adäquanz heranzuziehen sind. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Wichtigkeit des

einen oder anderen Elements im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtrechtslage ist die Interessenlage der Parteien, wie sie in der von ihnen getroffenen vertraglichen Regelung zum Ausdruck gelangt (BGE 118 II 157, E. 2c; BGE 131 III 528 = Pra 95 (2006) Nr. 43, E. 7.1.; vgl. auch OGer ZH NG110007 vom 26. Januar 2012, E. 2.9.2. ff.).

3.6.1. Aus den einzelnen Vertragsbestandteilen wird deutlich, dass die Parteien mit dem Vertragsverhältnis eine Form des betreuten Wohnens regelten. Die vertraglichen Leistungen des Vereins C., welche im Pensionspreis inbegriffen sind, umfassen das Zurverfügungstellen von Wohnraum (Benützung Einzelzimmer und Mitbenützung Gemeinschaftsräume) inkl. Besorgung der Hauswäsche und die tägliche Verpflegung («alle Mahlzeiten, sofern nicht anders festgehalten»). Weiter bietet der Verein C. den Bewohnern der Wohngruppe Z., nämlich acht Frauen und Männern mit psychischer Beeinträchtigung, die Betreuung und Beratung in lebenspraktischen Bereichen im Rahmen des Konzepts. Vom Verein C. wird den Bewohnerinnen und Bewohnern der Wohngruppe Unterstützung geboten für das Erlernen von Strategien im Umgang mit Krankheitssymptomen und Krisen, das Aufrechterhalten einer externen Tagesstruktur, die hilfreiche Gestaltung der Freizeit, das Aufbauen und Pflegen sozialer Kontakte, das selbständige Ausführen von Hausarbeiten, das Fördern sozialer Kompetenzen etc. Während sechs Tagen in der Woche ist ein Teammitglied des Vereins C. in der Wohngruppe anwesend, ansonsten ist das Team bei Notfällen telefonisch erreichbar. Mietrechtliches Element stellt folglich die Überlassung des Zimmers sowie die (Mit-)Benützung der Gemeinschaftsräume dar. Keine mietrechtlichen Elemente, sondern auftrags- oder werkvertragliche Elemente sind die Reinigung der Hauswäsche, die teilweise Verpflegung sowie die Beratungs- und Betreuungsleistungen.

3.6.2. Vergleichbare Vertragsgebilde werden in der Literatur als «Heimvertrag», «Beherbergungs- und Betreuungsvertrag» oder «Pensionsvertrag» bezeichnet. Da die mietrechtlichen Elemente gemäss den Autoren oft in den Hintergrund träten, fänden Auftrags-, Kauf- oder Werkvertragsrecht bzw. auch Hinterlegungsrecht Anwendung. Beim Mietrecht handle es sich in diesem Fall um eine typenfremde Nebenleistung; die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen fänden ebenso wenig Anwendung wie diejenigen über den mietrechtlichen Kündigungsschutz (so: BISANG, Fragen im Zusammenhang mit gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, mietrechtspraxis 2010 S. 235; BREITSCHMID/WITTER/STECK, Der Heimvertrag, fampra 04/2009, S. 867 ff., S. 885

u. S. 888). Wie sich dies jedoch im Einzelfall – und insbesondere für den streitgegenständlichen Vertrag – verhält, kann nicht gestützt auf diese generalisierten Aussagen beantwortet werde, handelt es sich beim «Heimvertrag» doch gerade nicht um einen einheitlichen Vertragstypus. Dass pauschale Aussagen zur Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der mietrechtlichen Bestimmungen nicht möglich sind, zeigt sich an der grossen Vielfalt an Verträgen, die durch Kombination erschaffen werden können und innerhalb derer die einzelnen Vertragstypen stärker oder schwächer ausgeprägt in Erscheinung treten. Es ist daher anhand des konkreten Vertrags und im Hinblick auf die Kündigung danach zu fragen, ob das mietrechtliche Element tatsächlich in den Hintergrund tritt.

3.6.3. Eine Gegenüberstellung der vertraglichen Elemente macht deutlich, dass sowohl das mietrechtliche Element als auch die mietvertragsfremden Elemente wesentlich sind. Eine Gewichtung lässt sich unter anderem anhand des Pensionspreises ablesen, wie dies auch die Vorinstanz zutreffend ausführte. Aufgrund des Verhältnisses des Pensionspreises in Höhe von Fr. 6126.- zu dem vom Verein C. für die Elfzimmerwohnung zu leistenden Mietzins in Höhe von Fr. 3476.- lässt sich tatsächlich nicht leichthin annehmen, das Vertragsverhältnis werde schwergewichtig durch das mietrechtliche Element geprägt. Der Pensionspreis ist indes nur ein wesentlicher Vertragsbestandteil, welcher in die Beurteilung einfließt.

3.6.4. In diesem Sinn setzte sich auch die Vorinstanz mit dem streitgegenständlichen Vertrag auseinander. Sie geht aber in ihren Erwägungen etwas weit, wenn sie den Bewohnern unterstellt, die angebotenen Dienstleistungen stellten für sie keine für den Vertragsabschluss entscheidenden Aspekte dar. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Bewohner wohl gerade diese Form des Wohnens wählen, weil sie eine Unterstützung, wie sie durch den Verein C. geboten wird, und das gemeinschaftliche Zusammenwohnen mit den anderen Bewohnern, inklusive Verpflegung und gemeinsamer Einnahme der Mahlzeiten etc., suchen. Die Aussicht darauf, diese durch den Verein C. angebotenen Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu können, erscheint daher neben dem Wohnen als wesentlicher Faktor, warum eine Person in einer solchen Institution wohnt.

3.6.5. Zu beachten ist aber auch, dass sich der Alltag der Bewohner trotz den Leistungen des Vereins C. als in weiten Teilen autonom ausgestaltet und diese nicht auf eine derart engmaschige Betreuung, wie dies beispielsweise in einem klassischen Pflegeheim der Fall wäre, angewiesen sind

(resp. eine solche auch nicht in Anspruch nehmen könnten, da dies vom Verein C. nicht angeboten wird). So sind die Bewohner der Wohngruppe Z. immer wieder ohne Teammitglied des Vereins C. in der Wohnung (so über Nacht und am Sonntag den ganzen Tag), teilweise selbst um ihr Essen besorgt (insb. Samstag Abend und Sonntag Abend), waschen ihre persönliche Wäsche und reinigen ihr Zimmer selber und selbständig sowie die Gemeinschaftsräume gemeinsam nach einem Plan. Auch sollten die Bewohner gemäss eigener Beschreibung des Vereins C. über eine Tagesstruktur im Rahmen einer geschützten oder ungeschützten Arbeitstätigkeit ausserhalb der Wohngruppe verfügen. Die Bewohner bedürfen damit nicht der Rundumbetreuung oder -pflege und führen offenbar einen weitgehend autonomen Alltag, in welchem sie auf das Unterstützungsangebot des Vereins C. zurückgreifen können. Ziel des Angebotes des Vereins C. ist es, Menschen mit Beeinträchtigung eine möglichst optimale Form des Wohnens zu bieten (so auch die Vorinstanz).

vorschriften gemäss Art. 266I-266o OR, soweit der Vertrag seinerseits keine strengeren Formvorschriften aufstellt.

---

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, vom 5. Juni 2018  
(NG170023-O/U)

---

3.6.6. Unter Beachtung dessen ist im Hinblick auf die Kündigung die Interessenslage der Bewohner darin zu sehen, dass sie durch die Wohngruppe Z. ein Zuhause haben, in welchem sie zusätzlich die nötige Unterstützung zum Meistern ihres Alltages erhalten. Gerade in Bezug auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses erscheint das Element des «Wohnens» damit klar als vordergründig. So bedeutet eine Kündigung für die Bewohner nicht nur, dass sie die Leistungen des Vereins C. nicht mehr in Anspruch nehmen können, sondern primär auch, dass sie ihr Zuhause verlieren und sich eine neue Bleibe suchen müssen. Ist es den Bewohnern nicht möglich, innerhalb der Kündigungsfrist eine neue geeignete Wohnform zu finden, stehen sie auf der Strasse. Würde Auftragsrecht zur Anwendung gelangen, stünden den Bewohnern nur sehr beschränkte Möglichkeiten offen, sich gegen die Kündigung zur Wehr zu setzen; insbesondere bestünde auch nicht die Möglichkeit, länger in der Wohngruppe zu verbleiben, wenn sie trotz ausgiebiger Suche innerhalb der Kündigungsfrist keine neue, geeignete Wohnform gefunden hätten. Im Interesse der Bewohner und zu deren Schutz sind die mietrechtlichen Schutzbestimmungen anzuwenden. Dies insbesondere auch, da es sich bei den Bewohnern um die wirtschaftlich und – insbesondere auch mit Blick auf die psychischen Beeinträchtigungen – sozial schwächeren Parteien handelt, welche des Schutzes bedürfen. Es erscheint daher sachgerecht, auf den Aufenthaltsvertrag die Kündigungsschutzbestimmungen gemäss Art. 271 ff. OR anzuwenden und ebenso die damit einhergehenden Form-

---

## Augmentation de loyer

Face à une formule officielle d'augmentation de loyer comportant des contradictions, les locataires ne sont pas en mesure de comprendre quel est le motif précis de l'augmentation qui leur est signifiée, ni quel est le montant de la hausse qu'il est possible de contester dans les trente jours (augmentation de Fr. 20.- pour une année ou trois échelons annuels de Fr. 20.-, soit Fr. 60.-). Il est de plus fait mention « pour information seulement » d'un TIH de 2 % et d'un IPC de 159.7 qui ne peut qu'achever de troubler le locataire, qui n'est pas en mesure de saisir la portée réelle de l'augmentation de loyer.

---

### Mietzinserhöhung

Aus einem widersprüchlich formulierten amtlichen Formular zur Anzeige einer Mietzinserhöhung sind für die Mieter weder die Begründung noch der genaue Erhöhungsbetrag ersichtlich, der innerhalb von 30 Tagen angefochten werden kann (Erhöhung um Fr. 20.- für ein Jahr oder um drei jährliche Tranchen von je Fr. 20.-, d.h. insgesamt um Fr. 60.-). Unter dem Hinweis «Nur zur Information» sind zudem ein hypothekarischer Referenzzinssatz von 2 % sowie ein LIK von 159.7 angegeben, was bei den Mietern unweigerlich zu Verwirrung führt, da sie den effektiven Umfang der Mietzinserhöhung nicht nachvollziehen können.

---

### Aumento della pigione

Se la comunicazione dell'aumento della pigione mediante modulo prescritto contiene contraddizioni, i conduttori non sono in grado di comprendere il motivo preciso dell'aumento che è stato loro notificato né qual è l'ammontare di tale aumento che è possibile contestare entro trenta giorni (aumento di Fr. 20.- per anno o tre rate annuali di Fr. 20.-, o Fr. 60.-). Inoltre, se viene menzionato «a solo scopo informativo» un tasso ipotecario di riferimento del 2 % e un IPC di 159.7, queste informazioni non fanno che aumentare la confusione dato che il conduttore non è in grado di comprendere la reale portata dell'aumento di pigione.



## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail du 21 juillet 1981 portant sur la location d'un appartement de trois pièces au deuxième étage d'un immeuble à Lausanne. Le loyer mensuel net a varié au fil du temps et a été fixé, par avis de notification de hausse de loyer du 12 juin 2001 à valoir pour le 1<sup>er</sup> octobre 2001, à Fr. 773.-.

Le 5 décembre 2013, la bailleuse a adressé aux locataires une formule officielle de notification de hausse de loyer à valeur pour le 1<sup>er</sup> avril 2014, par laquelle elle fixait le nouveau loyer mensuel net à Fr. 793.-.

Par courrier du 12 novembre 2014, la bailleuse a signifié aux locataires qu'elle leur notifiât « le 2<sup>ème</sup> échelon de hausse fixant le loyer à Fr. 813.- à partir du 1<sup>er</sup> avril 2015 ». Le 4 novembre 2015, elle a procédé à une notification similaire relative au « 3<sup>ème</sup> échelon de hausse fixant le loyer à Fr. 833.- ».

Le 27 mai 2017, les locataires ont saisi la Commission de conciliation en matière de baux et loyer d'une requête tendant notamment à la constatation de la nullité de la hausse de loyer du 5 décembre 2013. Une autorisation de procéder a été délivrée à chacune des parties le 6 octobre 2017.

Par jugement du 21 mars 2018, le Tribunal des baux a notamment déclaré nulle la hausse de loyer litigieuse.

## Extrait des considérants

a) aa) Conformément à l'art. 269d al. 1 CO, le bailleur peut en tout temps majorer le loyer pour le prochain terme de résiliation. L'avis de majoration du loyer, avec indication des motifs, doit parvenir au locataire dix jours au moins avant le début du délai de résiliation et être effectué au moyen d'une formule agréée par le canton. En vertu de l'art. 269d al. 2 let. b CO, les majorations de loyer sont nulles lorsque les motifs ne sont pas indiqués. L'art. 19 OBLF (ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990; RS 221.213.11) exige que la formule destinée à communiquer au locataire les hausses de loyer contienne les motifs précis de la hausse (al. 1 let. a ch. 4). Ceux-ci doivent être suffisamment précis pour permettre au locataire de prendre une décision sur son éventuelle contestation. Une référence claire à une disposition légale est suffisante, si l'on peut déduire de celle-ci le motif invoqué. Lorsque l'indication des motifs

est incompréhensible ou insuffisante, l'avis de majoration est nul (MARCHAND, Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2e éd., Bâle 2017, [ci-après: CPra Bail], n. 23 ad art. 269d CO et les références citées). Dès lors que la motivation indiquée dans l'avis de majoration constitue une manifestation de volonté du bailleur, son sens et sa portée doivent être déterminés conformément au principe de la confiance, ce qui vaut également pour l'exigence de clarté. On examinera donc d'après les facultés de compréhension du locataire et au vu de toutes les circonstances du cas particulier si les motifs donnés sont suffisamment clairs et précis pour que l'intéressé puisse décider en toute connaissance de cause s'il veut s'opposer ou non aux nouvelles clauses contractuelles (ATF 121 III 6 consid. 3c, JdT 1995 I 583). Les motivations peu claires doivent être interprétées en défaveur du bailleur (LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 403). Le locataire peut invoquer la nullité d'une majoration de loyer en tout temps (LACHAT, op. cit., p. 407).

Selon l'art. 19 al. 2 OBLF, l'augmentation de loyer selon un indice ou un échelonnement convenu est également soumise aux conditions formelles de l'art. 269d CO, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une modification du bail (MARCHAND, CPra Bail, n. 10 ad art. 269d CO).

bb) Aux termes de l'art. 269c CO, les conventions prévoyant que le loyer sera majoré périodiquement d'un montant déterminé ne sont valables que si le bail est conclu pour une durée minimale de trois ans (let. a), si le loyer n'est pas augmenté plus d'une fois par an (let. b) et si le montant de l'augmentation est fixé en francs (let. c). S'agissant de la durée, les parties peuvent convenir d'un bail d'une durée inférieure à trois ans mais comportant une clause d'option permettant au locataire de prolonger la relation contractuelle pour autant que les deux périodes cumulées soient égales ou supérieures à trois ans. La durée de trois ans doit être calculée depuis le jour où débute le bail – et non par exemple dès celui de la conclusion du contrat ou de la remise effective de la chose louée – ou, en cas de convention ultérieure prévoyant l'échelonnement, dès l'entrée en vigueur de celle-ci (DIETSCHY-MARTENET, CPra Bail, n. 9 et 10 ad art. 269c CO).

L'échelonnement peut résulter d'un avis de majoration (ATF 121 III 397 c. 2b/aa, DB 1996 n°17). La validité de la clause d'échelonnement est limitée par les trois conditions matérielles, cumulatives, posées à l'art. 269c CO. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas respectée, la clause est nulle et le contrat frappé de nullité partielle au sens de l'art. 20 al. 2 CO (DIETSCHY-MARTENET, CPra Bail, n. 8 ad art. 269c CO).

b) aa) En l'espèce, l'avis de hausse de loyer litigieux, notifié au moyen d'une formule officielle agréée par le canton, est valable en la forme et respecte les délais de notification de l'art. 269d CO.

S'agissant en revanche des motifs indiqués sur la formule, force est de considérer qu'ils ne satisfont pas aux exigences de clarté et de précision imposées par la loi. En effet, la formule en cause comporte plusieurs indications contradictoires. Ainsi, elle prévoit en premier lieu, sous la rubrique intitulée « nouveau loyer », une hausse de Fr. 20.- du loyer mensuel net précédemment appliqué, alors même que le motif invoqué à l'appui de la hausse est l'« adaptation aux loyers usuels du quartier et de la localité, soit une hausse de 0.-/mois. ». Cette première incohérence, dont on ne saurait soutenir qu'elle ne constituait qu'une erreur de plume manifestement reconnaissable par un locataire lambda, est en soi déjà de nature à entretenir la confusion dans l'esprit de celui-ci. Ensuite, cette même motivation, toujours supposée expliquer la hausse de Fr. 20.- annoncée sous la rubrique « nouveau loyer » selon la logique de la formule officielle, évoque plusieurs « hausses échelonnées », soit trois échelons annuels de Fr. 20.-, autrement dit une hausse totale de Fr. 60.-. Cette nouvelle incongruité rend plus insaisissable encore la volonté du bailleur. Enfin, il est fait mention, toujours sous la rubrique consacrée au motif de la hausse, « pour information seulement », d'un TIH de 2 % et d'un IPC de 159.7, qui correspondent aux indices connus au moment de la hausse. Une telle indication, même supposée n'intervenir qu'à titre informatif, ne peut qu'achever de troubler le locataire, qui n'est pas en mesure d'en saisir la portée réelle.

Face à une telle formule officielle, les défendeurs n'étaient manifestement pas en mesure de comprendre quel était le motif précis de l'augmentation qui leur était signifiée, ni quel était le montant de la hausse qu'il leur était possible de contester dans les trente jours (Fr. 20.- ou Fr. 60.- ?), ni encore s'ils se devaient de réagir à la réactualisation des critères relatifs depuis la précédente fixation du loyer.

bb) Par surabondance, le contrat de bail liant les parties a débuté le 1<sup>er</sup> août 1981 pour se terminer le 1<sup>er</sup> avril 1982, puis s'est reconduit de 6 mois en 6 mois depuis lors. L'avis litigieux ne contient pas de modification de la durée du contrat, la fixant à trois ans dès l'entrée en vigueur de la première hausse ou de clause d'option permettant aux défendeurs de le prolonger dans cette mesure. Ainsi, la condition de la durée minimale de trois ans prévue par l'art. 269c let. a CO n'est en l'occurrence pas réalisée.

Au vu de ce qui précède, l'avis de hausse du 5 décembre 2013 est nul, ce que le tribunal de céans doit constater d'office.

---

Jugement du Tribunal des baux du canton de Vaud du 21 mars 2018 (XA17.047956)

---

---

## Formalisme excessif

**En choisissant de mentionner comme partie défenderesse la régie et en déclarant irrecevable le requête de conciliation au motif que celle-ci n'indiquait pas l'identité du bailleur, la Commission a fait preuve d'un formalisme excessif. En effet, le vice pouvait être réparé d'office à la simple lecture de l'avis de résiliation faisant l'objet de la contestation. Au vu des circonstances particulières du cas d'espèce, il apparaît que la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, étant relevé que la locataire, qui plaide en personne, risque en outre de perdre son droit matériel en raison de l'écoulement du délai de péremption de l'art. 273 CO.**

---

## Überspitzter Formalismus

Die Schlichtungsbehörde handelte überspitzt formalistisch, als sie auf ein Schlichtungsgesuch nicht eintrat, welches als beklagte Partei lediglich die Immobilienverwaltung statt die Eigentümerin bezeichnete. Die einfache Lektüre des angefochtenen Kündigungsschreibens hätte ausgereicht, um den Mangel von Amtes wegen zu beheben. Angesichts der besonderen Umstände dieses Falles scheint die strikte Anwendung der Verfahrensregeln aus keinem schutzwürdigen Interesse gerechtfertigt, zumal die Mieterin, die selbst als Klägerin auftritt, wegen des Ablaufs der Verwirkungsfrist gemäss Art. 273 OR ausserdem ihr materielles Recht verlieren könnte.

---

## Formalismo eccessivo

Scegliendo di menzionare l'agenzia come parte convenuta e dichiarando non ricevibile la richiesta di conciliazione adducendo il fatto che la richiesta non indicava l'identità del locatore, la Commissione ha dato prova di un eccessivo formalismo. Infatti, al vizio poteva essere posto rimedio d'ufficio semplicemente leggendo la notifica di disdetta oggetto della contestazione. Tenuto conto delle circostanze particolari della fattispecie, sembra che l'applicazione rigorosa delle norme procedurali non sia giustificata da alcun interesse meritevole di tutela, dato che la conduttrice, che ha intentato causa rappresentando sé stessa, rischia inoltre di perdere il suo diritto materiale a causa del decorso del termine di perenzione all'articolo 273 CO.

## Exposé des faits

Le 16 juin 2017, la locataire a introduit devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers une requête de conciliation, par laquelle elle demandait l'annulation de la résiliation de bail qu'elle avait reçue.

Dans la requête, comprenant une page, elle évoquait la « régie » et la « société propriétaire », sans toutefois indiquer les coordonnées de celles-ci. Elle se référait cependant à la formule officielle d'avis de résiliation jointe à la requête qui mentionnait toutes les coordonnées de la régie et de la société propriétaire.

Par ordonnance du 30 juin 2017, la Commission a imparti à la locataire un délai au 24 juillet 2017 pour indiquer l'identité du bailleur, faute de quoi sa requête serait déclarée irrecevable. Par courrier du 9 août 2017, la locataire a attiré l'attention de la Commission sur le fait qu'à la requête de conciliation était jointe une copie de l'avis de résiliation qui mentionnait le nom du bailleur. Elle a annexé à son envoi une nouvelle copie de cet avis.

Par décision du 21 septembre 2017, la commission a déclaré irrecevable la requête de conciliation formée par la locataire. Par acte déposé en temps utile, la locataire forme « recours » contre la décision précitée.

## Extrait des considérants

2.2 Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 130 V 177 consid. 5.4.1 ; 128 II 139 consid. 2a ; 127 I 31 consid. 2a/bb). L'interdiction du formalisme excessif poursuit le même but que le principe de la bonne foi consacré aux art. 5 al. 3 et 9 Cst. A cet égard, il commande à l'autorité d'éviter de sanctionner par l'irrecevabilité les vices de procédure aisément reconnaissables qui auraient pu être redressés à temps, lorsqu'elle pouvait s'en rendre compte assez tôt et les signaler utilement au plaideur (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 125 I 166 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_889/2011 - 2C\_890/2011 du 3 novembre 2011 consid. 3.2).

2.3 En l'espèce, l'appelante a déposé une requête de conciliation, ne comprenant qu'une page, dans laquelle elle indiquait qu'elle contestait l'avis de résiliation annexé. Celui-ci mentionnait clairement, sous deux rubriques séparées, le nom du bailleur et le nom de son représentant, avec son adresse. Par ailleurs, par courrier du 9 août 2017, l'appelante a attiré l'attention de la Commission sur ce qui précède. Certes celle-ci avait imparti à la locataire un délai pour lui indiquer l'identité du bailleur et ce n'est qu'après l'échéance de ce délai que l'appelante a réagi. Cependant, en choisissant finalement de mentionner comme partie défenderesse la régie et en déclarant irrecevable la requête de conciliation au motif que celle-ci n'indiquait pas l'identité du bailleur, la Commission a fait preuve d'un formalisme excessif. En effet, le vice pouvait être réparé d'office à la simple lecture de l'avis de résiliation faisant l'objet de la contestation. Au vu des circonstances particulières du cas d'espèce, il apparaît que la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, étant relevé que la locataire, qui plaide en personne, risque en outre de perdre son droit matériel en raison de l'écoulement du délai de péremption de l'art. 273 CO.

Par conséquent, la décision attaquée sera annulée. La requête de conciliation sera déclarée recevable et il sera constaté qu'elle est dirigée contre le bailleur, et non pas contre son représentant comme retenu par la Commission. La cause sera renvoyée à la Commission, afin qu'elle cite les parties à une audience de conciliation.

---

Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers du 12 février 2018 (ACJC/174/2018)

---

---

## Erstreckung eines befristeten Mietverhältnisses bei Geschäftsräumen

**Alleine die Vereinbarung einer kurzen Mietdauer von drei Monaten stellt für die Mieterin eine gewisse Härtesituation dar. Dies gilt selbst dann, wenn für sie während des vorherigen ebenso befristeten Mietverhältnisses absehbar war, dass ein baldiges definitives Mietende bevorsteht und anderweitige Suchbemühungen entsprechend früh eingeleitet hätten werden können (E. 3.4 und 3.7).**

**Zum Nachweis der schwierigen örtlichen Marktverhältnisse für Geschäftsräume müssen substantiierte Ausführungen gemacht werden. Eine bloße Auflistung interessanter (nicht erhaltener) Ersatzobjekte reicht hierfür nicht aus (E. 3.5).**

---

### Prolongation d'un bail de durée déterminée des locaux commerciaux

À lui seul, un accord pour une courte période de location de trois mois place le locataire dans une situation relativement difficile. Et cela même s'il était prévisible lors du bail précédent, également de durée déterminée, qu'il serait bientôt mis fin à la location de manière définitive et qu'en conséquence, des efforts de recherche d'un autre local auraient pu être entrepris plus tôt (consid. 3.4 et 3.7).

La preuve d'une situation difficile sur le marché local pour les locaux commerciaux doit être étayée par des arguments circonstanciés. À cet égard, la présentation d'une simple liste d'objets de remplacement intéressants (non obtenus) ne suffit pas (consid. 3.5).

---

### Protrazione di una locazione a tempo determinato di locali commerciali

Una locazione di tre mesi, ossia di breve durata, rappresenta già di per sé un problema per la conduttrice. Questo vale anche se durante la precedente locazione, anch'essa a tempo determinato, era prevedibile l'imminente e definitiva disdetta della locazione e il fatto che la ricerca di un altro locale avrebbe dovuto essere avviata più precocemente (consid. 3.4 e 3.7).

Per dimostrare le difficili condizioni di mercato della zona per i locali commerciali devono essere fornite spiegazioni fondate. Un semplice elenco di oggetti sostitutivi interessanti (non ricevuti in locazione) non è sufficiente (consid. 3.5).

## Sachverhalt

Seit Herbst 2016 hatten die A. AG (Vermieterin) und die B. AG (Mieterin) insgesamt drei befristete, zeitlich aufeinander folgende Mietverträge über dieselben Lagerräumlichkeiten in B. abgeschlossen. Die X. AG ist die alleinige Aktieninhaberin der Vermieterin.

Die Mieterin zeigte bereits während des ersten Mietverhältnisses (4. November 2016 bis 31. März 2017; 5 Mt.) ihr grundsätzliches Interesse am Kauf der Vermieterin. In der Folge unterzeichnete sie eine Vertraulichkeitserklärung und erhielt von der X. AG die erforderlichen Informationen zur Prüfung eines allfälligen Investments.

Im Verlaufe des zweiten Mietverhältnisses (1. April bis 30. September 2017; 6 Mt.) teilte die Mieterin der X. AG mit, dass die kontaktierte Bank den Aktienkauf nicht finanziere, ein direkter Kauf der Liegenschaft hingegen möglich sei. Die X. AG entgegnete daraufhin, dass sie nicht nur die Liegenschaft, sondern unbedingt die Aktien verkaufen wolle. Eine Weile später gab sie der Mieterin bekannt, dass sich zwei Interessenten gemeldet hätten und diese konkrete Angebote abgeben wollen.

Innerhalb des dritten Mietverhältnisses (1. Oktober bis 31. Dezember 2017; 3 Mt.) orientierte die X. AG die Mieterin schliesslich über den Verkauf der Aktien der Vermieterin an die Genossenschaft Y., welche zusammen fusionierten. Die A. AG wurde im Handelsregister gelöscht. Kurz darauf leitete die Mieterin ein Schlichtungsverfahren ein und wandte sich nach Erhalt der Klagebewilligung an das Kantonsgericht Zug. Mit ihrer Klage begehrte sie im Wesentlichen die erstmalige Erstreckung des befristeten Mietverhältnisses um ein Jahr.

## Aus den Erwägungen

3.1 Gemäss Art. 272 Abs. 1 OR kann der Mieter die Erstreckung eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre. Bei der Interessenabwägung sind insbesondere die Umstände des Vertragsschlusses und der Inhalt des Vertrags, die Dauer des Mietverhältnisses, die persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien und deren Verhalten, einen allfälligen Eigenbedarf des Vermieters und die Dringlichkeit dieses Bedarfs sowie die Verhältnisse auf

dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zu berücksichtigen (Art. 272 Abs. 2 OR). Die Bestimmungen über die Erstreckung des Mietverhältnisses bezwecken, die Folgen der Vertragsauflösung für den Mieter zu mildern, indem ihm mehr Zeit für die erforderliche Neuorientierung gelassen wird. Als Härtegründe fallen daher generell nur solche Umstände in Betracht, die sich durch Gewährung einer Mieterstreckung abwenden oder wesentlich vermindern lassen. Unannehmlichkeiten (Umzug), welche Folge jeder Mietvertragsauflösung sind und mit einer Erstreckung lediglich aufgeschoben werden, sind keine Härtegründe. Ebenso wenig ist der Wunsch, so lange wie möglich von einem günstigen Mietzins profitieren zu können, ein Härtegrund. Die nach Art. 272 OR vorausgesetzte Härtesituation kann nur im Rahmen einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der im Gesetz genannten Kriterien ermittelt werden. Der Entscheid über die Erstreckung beruht auf richterlichem Ermessen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_420/2009 vom 11. Juni 2010 E. 3; SPIRIG, Mietrecht für die Praxis, 9. A. 2016, N 30.5.1; WEBER, a.a.O., Art. 272 OR N 3 ff.).

3.1.1 Bei der Geschäftsmiete liegt die Härte grundsätzlich in der Gefährdung des Unternehmens oder darin, dass der Umzug innert der ordentlichen Kündigungsfrist nicht möglich ist, weil zeitraubende Anpassungen im neuen Mietobjekt nötig sind, für die unter Umständen gar behördliche Bewilligungen vorliegen müssen. Dem Mieter muss grundsätzlich genügend Zeit für die notwendige Umstellung eingeräumt werden. Ein Geschäft mit ortsgebundener Kundschaft muss am neuen Ort einen neuen Kundenstamm aufbauen. Die Neupositionierung erfordert Massnahmen und kann zudem eine Veränderung der Geschäftstätigkeit bedeuten. Das Unternehmen kann bei der Geschäftsmiete schliesslich aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage gefährdet sein. Der Ertrag des Geschäfts und seine Reserven geben Auskunft, in welcher Höhe der Mietzins für ein Ersatzobjekt verkräftbar ist und welche Investitionen am neuen Ort zumutbar sind (SPIRIG, a.a.O., N 30.6.8; SVIT-Kommentar Schweizerisches Mietrecht, 3. A. 2008, Art. 272 OR N 39 ff.).

3.1.2 Für das Kriterium der Umstände bei Vertragsabschluss (Art. 272 Abs. 2 lit. a OR) ist bei befristeten Mietverträgen entscheidend, ob der Mieter bei Vertragsabschluss über die Umstände informiert worden ist, die sein Mietverhältnis zeitlich begrenzen. Der Vermieter muss die Gründe so konkret angeben, dass für den Mieter das Ende des Mietverhältnisses bereits bei Vertragsabschluss absehbar war. Wer einen zeitlich begrenzten Vertrag abschliesst,

muss sich von Anfang an auf einen Wegzug nach Ablauf der Vertragsdauer einstellen und rechtzeitig Ersatz suchen. Deshalb wird die Erstreckung bei einem befristeten Mietverhältnis generell zurückhaltender gewährt als bei einem unbefristeten. Hat der Vermieter jedoch in Aussicht gestellt, dass der Vertrag über die Befristung hinaus weitergeführt werden könne, sich später aber doch anders entschieden, gibt es keinen Grund mehr für eine zurückhaltende Erstreckungspraxis. Ausserdem können sich die Verhältnisse im Laufe der Mietdauer verändern und neue, bei Vertragsabschluss noch nicht bekannte Tatsachen auftreten, die eine Härte begründen (SPIRIG, a.a.O., N 30.6.2; SVIT Kommentar, a.a.O., Art. 272 OR N 13; WEBER, a.a.O., Art. 272 OR N 7).

3.1.3 Ist ein Ersatzobjekt aufgrund der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume (Art. 272 Abs. 2 lit. e OR) nur schwierig zu finden, spricht dies für eine Erstreckung. Dies gilt ganz besonders, wenn die noch erhältlichen Geschäftsräume überdurchschnittlich teuer oder schlecht gelegen sind. Der Mieter muss die schwierigen Verhältnisse auf dem örtlichen Markt beweisen, wobei insbesondere lokale Statistiken über den Bestand an Leerwohnungen ein dafür geeigneter Beleg sind. Da es für Geschäftsräume keine amtlichen Statistiken über den Leerstand gibt, muss der Mieter anhand seiner Suchbemühungen oder mit Bestätigungen und Zeugenaussagen von anderen Unternehmern aus der Branche eine angespannte Situation auf dem örtlichen Markt beweisen. Massgebend ist der Ort, an dem sich das bisherige Mietobjekt befindet. Die Prüfung kann sich aber auch auf angrenzende Ortschaften bzw. die ganze Region ausdehnen. Von einem Geschäftsmieter werden besonders intensive Bemühungen verlangt. Je grösser das Unternehmen ist, desto professioneller muss die Suche angegangen werden. Für die Suche von Ersatzobjekten mit ungewöhnlichen Eigenschaften darf der Beizug eines in diesem Bereich spezialisierten Maklers verlangt werden, sofern der Geschäftsmieter über entsprechende Ressourcen verfügt. In einer ersten Zeit darf sich der Mieter auf gleichwertigen Ersatz konzentrieren (SPIRIG, a.a.O., N 30.6.6 und 30.6.7; WEBER, a.a.O., Art. 272 OR N 12 f.).

3.1.4 Der Eigenbedarf des Vermieters muss – selbst wenn er nicht dringend ist – von Gesetzes wegen bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden (Art. 272 Abs. 2 lit. d OR). Er verkürzt die Erstreckungsdauer nach dem Grad seiner Dringlichkeit. Der Eigenbedarf muss konkret und aktuell sein. Ein künftiger oder hypothetischer Bedarf genügt nicht. Bei einem Geschäftsvermieter ist der Eigenbedarf dann dringlich, wenn der Vermieter Interesse daran

hat, seine wirtschaftliche Tätigkeit selbst in den Geschäftsräumen auszuüben und dafür keine nennenswerten Umbauten erforderlich sind. Sind für die Realisierung des Eigenbedarfs dagegen grössere Bauarbeiten notwendig, allenfalls sogar der Abriss des Gebäudes und die Errichtung eines Neubaus, hängt die Dringlichkeit von der Konkretisierung der Umbaupläne ab. Es ist aber nicht erforderlich, dass behördliche Bewilligungen für die Bauten bereits vorliegen. Im Rahmen der Erstreckung kann der so definierte dringende Eigenbedarf die Härtegründe des Mieters erst überwiegen, wenn der Vermieter über die behördliche Baufreigabe verfügt (SPIRIG, a.a.O., N 30.7.4; WEBER, a.a.O., Art. 272 OR N 11).

3.2 Die Mieterin führt zur beantragten Erstreckung aus, das Ende des Mietverhältnisses löse für sie eine Härte aus, die sich durch die Interessen der Genossenschaft Y. nicht rechtfertigen lasse. Es seien insbesondere die Drittinteressen ihrer Arbeitnehmer betroffen, da die in ihren Geschäftsräumlichkeiten beschäftigten zwanzig Arbeitnehmer ihre Arbeitsstelle verlieren würden. Die Mieterin sei zudem stets gutgläubig gewesen und habe berechtigtes Vertrauen gehabt, dass sie während den Vertragsverhandlungen als Mieterin und später als Eigentümerin in den Geschäftsräumlichkeiten verbleiben dürfe. Sie habe mit der Genossenschaft Y. noch vor Beginn des Mietverhältnisses Verkaufsverhandlungen geführt. Die Liegenschaft erwerben zu können, sei für die Mieterin eine *conditio sine qua non* für das Eingehen des Mietverhältnisses gewesen. Für die Mieterin habe kein Zweifel daran bestanden, dass sie die Geschäftsräumlichkeiten erwerben würde. Das Mietverhältnis sei zweimal im Hinblick auf den Verkauf an die Mieterin verlängert worden. Über den Verkauf der Aktien habe die Genossenschaft Y. die Mieterin erst mit Schreiben vom 27. Oktober 2017 informiert, mithin nachdem die Parteien den jüngsten Mietvertrag unterzeichnet hätten. Die Mieterin habe sodann intensive Bemühungen getätigt, ein Ersatzobjekt zu finden. Dabei habe die Mieterin sämtliche Ersatzobjekte in Betracht gezogen, die aufgrund ihrer Bedürfnisse insbesondere hinsichtlich des Standortes, der Grösse sowie des Mietzinses zumutbar seien. Darüber hinaus habe die Mieterin ihre Suchkriterien bei ihren Suchbemühungen deutlich gelockert. Ausserdem habe sie professionelle Drittunternehmen mit der Raumsuche beauftragt. Demgegenüber verfolge die Genossenschaft Y. nur finanzielle Interessen. Sie habe kein Interesse daran, das Mietverhältnis zur Mieterin nicht fortzuführen, da sie insbesondere Mietzins erhalte. Ebenso wenig bestehe Dringlichkeit.

Dem entgegnet die Genossenschaft Y., der Mieterin sei beim Abschluss des dritten Mietvertrages völlig bewusst gewesen, dass dieser aufgrund des anstehenden Verkaufs der Vermieterin an eine Drittpartei bis am 31. Dezember 2017 befristet werde. Die vorübergehend leerstehenden Mieträumlichkeiten seien der Mieterin ausdrücklich für eine befristete Dauer zu besonders günstigen Konditionen überlassen worden. Es seien keine Umstände erkennbar, welche es der Mieterin erlaubt hätten, von einem über die Befristung hinausgehenden Mietverhältnis und/oder vom Abschluss eines weiteren (befristeten) Mietverhältnisses auszugehen. Bereits im Sommer 2017 sei der Mieterin bewusst gewesen, dass sie die Vermieterin nicht werde erwerben können. Die Mieterin hätte deshalb rechtzeitig Bemühungen um eine umgehende und lückenlose Ersatzlösung unternehmen müssen. Im Gegensatz dazu versuche sie nun mittels einer haltlosen Erstreckungsklage eine kalte Erstreckung zu erwirken, damit sie nahtlos in ihr projektiertes Kaufobjekt einziehen könne. Ein solches Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz. Da die Mieträumlichkeiten der Mieterin lediglich als Lager für Leerpalletten und nicht als Produktionsstätte dienten, habe sie keine oder zumindest keine aufwendigen Aus- / Umbauten vornehmen müssen. Auch bei einem Ersatzobjekt würden grosse Umbauarbeiten nicht notwendig sein. Folglich sei keine lange Vorbereitungszeit nötig und ein Umzug nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Bezüglich der Vermieterinteressen sei vorzubringen, dass die dringende Sanierung der Liegenschaft keinen Aufschub zulasse, da die Liegenschaft nachweislich Schaden nehmen könne. Die gleichzeitige Benützung der Liegenschaft als Lager durch die Mieterin sei während der Sanierung und dem geplanten Umbau nicht möglich, da insbesondere auch das Dach sanierungsbedürftig sei. Die Genossenschaft Y. werde die Liegenschaft nach erfolgter Sanierung und dem Umbau (grösstenteils) selber nutzen und insbesondere den neuen Y. B. Laden und die neue Y. B. (inkl. Produktion sowie Agrarhandel und Verwaltung) mit ca. 20 bis 25 Mitarbeitenden eröffnen.

Für die Interessenabwägung sind zunächst die Umstände des Vertragsabschlusses und der Inhalt des Vertrags zu berücksichtigen (Art. 272 Abs. 2 lit. a OR).

3.3.1 Musste der Mieter schon bei Vertragsabschluss von der begrenzten Dauer des Mietverhältnisses ausgehen und wurde er vom Vermieter über die diesbezüglich relevanten Umstände informiert, so spricht dies gegen die Gewährung einer Erstreckung. Vorliegend schlossen die Parteien zunächst einen befristeten Mietvertrag von fünf Monaten und im Anschluss zwei befristete Mietverträge von sechs

bzw. noch drei Monaten ab. Die Befristung der Mietverträge wurde ausdrücklich mit der anstehenden Veräusserung der Liegenschaft begründet. Die Mieterin musste bereits aus der Tatsache, dass die Mietverträge mit ihr lediglich befristet und für jeweils nur sehr kurzer Dauer abgeschlossen wurden, damit rechnen, nicht dauerhaft im gemieteten Objekt verbleiben zu können. Der Grund für die Befristung wurde sodann explizit in den Mietverträgen erwähnt und war jedenfalls bei Unterzeichnung des letzten Mietvertrags durch die Genossenschaft Y. noch aktuell und zutreffend. Die Mieterin bestreitet zudem nicht, vom anstehenden Verkauf der gemieteten Liegenschaft gewusst zu haben, sie bringt jedoch vor, stets davon ausgegangen zu sein, die Liegenschaft selbst erwerben zu können. Dafür müsste die Genossenschaft Y. eine Situation geschaffen haben, die bei der Mieterin berechtigtes Vertrauen geweckt hätte, das Mietobjekt als einzige Interessentin kaufen und als Eigentümerin in der Liegenschaft verbleiben zu können.

3.3.2 Dass die Mieterin mit der X. AG Kaufverhandlungen führte, ist erstellt. Insbesondere unterzeichnete die Mieterin im März 2017 für nähere Informationen über die Vermieterin eine Vertraulichkeitserklärung, die ausdrücklich festhielt, in Frage stehe eine Übernahme der Vermieterin als Gesellschaft. Darauf informierte die Mieterin die X. AG Mitte Mai 2017, die [Bank1] finanziere lediglich den Kauf der Liegenschaft, nicht aber den Kauf der Aktien der Vermieterin. Da die Mieterin ohnehin primär am Grundstück interessiert war, schlug sie der X. AG einen Miet-Kaufvertrag vor und übersandte ihr Ende Mai 2017 einen Entwurf dazu. Mit E-Mail vom 15. Juni 2017 hielt die X. AG gegenüber der Mieterin fest, sie wolle unbedingt die Aktien der Vermieterin – und nicht bloss das Grundstück – verkaufen, weitere Verhandlungen mit der Mieterin erachte sie nur unter Vorweisung eines Finanzierungsnachweises als sinnvoll und es hätten sich inzwischen mehrere weitere Interessenten gemeldet. An der Parteibefragung sagte die Mieterin im Rahmen der Ergänzungsfragen der Rechtsvertreter aus, die E-Mail vom 15. Juni 2017 nie erhalten zu haben. Zunächst beantwortete sie aber Fragen des Einzelrichters zu dieser E-Mail ohne Hinweis darauf, diese nicht erhalten zu haben. Die Mieterin hielt dabei insbesondere fest, dass sie auf die E-Mail vom 15. Juni 2017 nochmals mit der [Bank1] gesprochen habe und ihr mitgeteilt worden sei, dass die Anfrage nochmals geprüft werde. Die Mieterin schilderte mithin eine eigene unmittelbare Reaktion auf die E-Mail vom 15. Juni 2017, was voraussetzt, dass sie von dieser auch Kenntnis genommen hat. Die Behauptung, die E-Mail nicht erhalten zu haben, überzeugt schon aus diesem Grund nicht. Sodann legte die Mieterin nicht dar, dass



sie von der Genossenschaft Y. in anderer Form Antwort auf ihre Anfrage betreffend Miet-Kaufvertrag erhalten hätte. Hätte sie die E-Mail vom 15. Juni 2017 tatsächlich nicht erhalten, wäre das Angebot der Mieterin aus ihrer Sicht mithin einfach unbeantwortet geblieben. Es ist nicht zu erwarten, dass sich eine professionell beratene Kaufinteressentin mit einer solchen Situation zufriedengegeben und einfach zugewartet hätte. Da die Mieterin das Nichterhalten der E-Mail im Übrigen nicht erklären konnte und die E-Mail sowohl an die Adresse der Mieterin wie auch an die Adresse von Z. – der zu diesem Zeitpunkt im Auftrag der Mieterin in die Verhandlungen involviert war – gesandt wurde, erscheint der Standpunkt der Mieterin nicht glaubhaft.

Die Mieterin konnte mithin spätestens seit dem 15. Juni 2017 nicht mehr darauf vertrauen, das Mietobjekt erwerben zu können. Dies gilt auch deshalb, weil die X. AG offen kommunizierte, auch mit anderen Interessenten in Verhandlungen zu stehen. Darüber informierte sie die Mieterin nicht nur am 15. Juni 2017, sondern auch mit E-Mail vom 19. August 2017. Die E-Mail vom 15. Juni 2017 ist für diese Schlussfolgerung im Übrigen gar nicht (allein) entscheidend. Die Vertraulichkeitserklärung und die von der Mieterin zunächst geprüfte Finanzierungsstrategie belegen, dass die X. AG die Vermieterin und nicht nur die Liegenschaft alleine verkaufen wollte. Dass sie auch nur zu letzterem bereit gewesen wäre, ist nicht nachgewiesen. Der von der Mieterin beabsichtigte Miet-Kaufvertrag erscheint daher von Beginn weg als aussichtslos.

3.3.3 Dass die Mieterin nach dem 15. Juni 2017 noch ernsthafte Kaufverhandlungen mit der X. AG geführt hätte, kann sie nicht nachweisen. Zwar erklärte sie an der Parteibefragung, sie habe nach der Absage der [Bank1] auch mit der [Bank2] und der [Bank3] nach einer Finanzierungslösung gesucht. Dies kann sie jedoch nicht belegen. Im Übrigen hätten offenbar auch die [Bank2] und die [Bank3] lediglich den Erwerb des Grundstücks und nicht der Aktien der Vermieterin finanziert. Selbst wenn belegt wäre, dass die Mieterin bei weiteren Banken um eine Finanzierung nachsuchte, durfte sie also nicht davon ausgehen, als zukünftige Eigentümerin im Mietobjekt verbleiben zu können, zumal die X. AG klar kommunizierte, lediglich am Verkauf der Aktien interessiert zu sein und auch mit weiteren Interessenten in Verhandlungen zu stehen. Im Ergebnis hat sich die Vermieterin beim Abschluss der befristeten Mietverträge nicht so verhalten, dass die Mieterin berechtigterweise davon hätte ausgehen dürfen, als Mieterin oder Eigentümerin über die Befristung hinaus im Mietobjekt verbleiben zu können. Die Umstände des

Vertragsabschlusses und der Inhalt des Vertrages sprechen somit gegen eine Erstreckung.

3.4 Weiter sind bei der Interessenabwägung die Dauer des Mietverhältnisses und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien massgebend (Art. 272 Abs. 2 lit. b und c OR).

Die befristeten Mietverträge wurden jeweils nur für kurze Dauer abgeschlossen und umfassen zusammen einen Zeitraum von lediglich 14 Monaten. Die kurze Mietdauer gibt einen Hinweis darauf, dass ein Umzug für die Mieterin keine spürbare Umstellung bedeutet. Der letzte und bis zum 31. Dezember 2017 befristete Mietvertrag wies aber lediglich eine Dauer von drei Monaten auf. Selbst wenn die Mieterin gleich zu Beginn des kurzen Mietverhältnisses mit der Suche nach einem geeigneten Ersatzobjekt begonnen hätte, wäre ihr somit nicht viel Zeit für die Suche geblieben. Mithin ist der Mieterin zuzugestehen, dass die kurze Dauer des letzten Mietvertrages für eine besondere Härtesituation und damit für eine Erstreckung des Mietverhältnisses spricht. Gegen eine längere Erstreckung aus diesem Grund spricht indes, dass die Mieterin mangels aussichtsreichen Finanzierungskonzepts spätestens ab dem 15. Juni 2017 nicht mehr mit dem Erwerb der Liegenschaft rechnen durfte und von einem baldigen definitiven Ende des Mietverhältnisses ausgehen musste. Vor dem Ablauf des dritten Mietvertrags stand der Mieterin effektiv mithin ein längerer Zeitraum für die Suche nach einem Ersatzobjekt zur Verfügung. Zudem hat die Mieterin im Mietobjekt nur geringe Investitionen getätigt, indem sie für ein paar tausend Franken einige Sachen repariert oder abgedeckt hat. Welche Umbauarbeiten in einem neuen Mietobjekt gemacht werden müssten, kann sie nicht genau darlegen. Da die Mieterin ihr Gewerbe in B. jedenfalls ohne hohe Investitionen ausüben konnte, ist davon auszugehen, dass sie dies auch an einem neuen Standort ohne grosse Vorarbeiten wird tun können. Der klägerische Betrieb unterliegt im Grundsatz auch keiner behördlichen Bewilligung, da die Mieterin in B. offenbar auch ohne Bewilligung tätig ist. Schliesslich bringt die Mieterin nicht vor, ihre wirtschaftliche Lage würde einen Umzug nicht verkraften. Vielmehr hat sie offenbar ohne Mietzinsobergrenze nach einem geeigneten Ersatzobjekt gesucht. Diese Tatsachen sprechen eher gegen eine besondere Härtesituation und damit gegen eine Erstreckung.

3.5 Ferner sind die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Geschäftsräume und die Suchbemühungen der Mieterin in die Interessenabwägung einzubeziehen (Art. 272 Abs. 2 lit. e OR).

3.5.1 Kann die Mieterin nachweisen, dass sie trotz intensiver und geeigneter Suchbemühungen noch kein gleichwertiges Ersatzobjekt gefunden hat, so spricht dies für eine Erstreckung. Dabei muss die Mieterin zunächst die schwierigen Verhältnisse auf dem örtlichen Markt darlegen. Da für Geschäftsliegenschaften – im Gegensatz zu Wohnräumen – keine Statistiken über den Leerbestand an Objekten erstellt werden, hat die Mieterin den Mangel an vergleichbaren Geschäftsräumen anderweitig zu beweisen: Sie listet in ihren Rechtschriften zwar zahlreiche Objekte auf, für die sie sich offenbar interessiert hat, sie macht aber keine substantiierten Ausführungen dazu, ob der für sie relevante Markt für Geschäftsräume grundsätzlich angespannt ist. Die Mieterin sucht sodann nach einem Ersatzobjekt mit einer Mietfläche von mindestens 2000 m<sup>2</sup>, am Standort in B. und Umgebung (insbesondere ganzer Kanton Zug, Muri und Kanton Schwyz) und zu einem unbeschränkten Mietzins oder einem Kaufpreis bis Fr. 650.- pro m<sup>2</sup>. Diese Kriterien an ein Ersatzobjekt weisen nichts Besonderes auf. Die schwierigen Marktverhältnisse sind damit auch aus den Suchbemühungen der Mieterin nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Im Ergebnis hat die Mieterin den örtlichen Markt für Geschäftsliegenschaften nicht substantiiert umschrieben und weist nicht nach, dass überhaupt Mangel an für sie geeigneten Geschäftsräumen herrscht. Soweit die Mieterin aus der Produktion von Paletten zusätzliche Anforderungen an ein Ersatzobjekt ableitet (namentlich betreffend Nutzlast und Immissionen), ist sie damit nicht zu hören, da es sich dabei um neue Kriterien handelt, welche für das bestehende Mietverhältnis mit der Genossenschaft Y. bzw. deren Rechtsvorgängerin [Vermieterin] nicht einvernehmlich vereinbart waren (s. nachfolgend E. 3.5.2).

3.5.2 Wie die Mieterin an der Parteibefragung aussagte, verfügt sie über mehrere Anlagen zur Produktion von Paletten, die sich zurzeit – neben ihrem Standort in B. – in Gebäuden in R. und S. befinden. In R. kann die Mieterin ihre Geschäftstätigkeit nur noch bis Ende Jahr ausüben, da die Geschäftsliegenschaft abgerissen wird. Die Produktionsanlage in S. wurde lediglich untergestellt und die Mieterin darf an diesem Ort nicht produzieren, da sich das Gebäude mitten im Dorf befindet. Neu sollen die Anlagen aus B., R. und S. an einen Ort zusammengezogen werden, damit die Mieterin in der Deutschschweiz nur noch über einen Standort verfügt. Im aktuellen Mietobjekt in B. befindet sich jedoch lediglich die Anlage zur Produktion von Spezialanfertigungen. Da im neuen Objekt mithin drei Anlagen Platz haben müssen, sind die Anforderungen an ein Ersatzobjekt gegenüber dem streitgegenständlichen

Mietobjekt bereits deswegen – zumindest flächenmässig und betreffend Nutzlast – erhöht. Überdies wurde in den Mietverträgen zwischen den Parteien als Nutzungsart der Geschäftsräume die «Lagerung von Leerpalletten und dazugehörige Betriebsmittel sowie der Umschlag von Ware» vereinbart, nicht aber die Produktion von Paletten mittels Einsatz schwerer Maschinen. Die Mieterin montierte im Mietobjekt aber von Beginn weg Paletten mit einer Anlage. Dass zwischen den Parteien eine solche Nutzung der Liegenschaft vereinbart worden wäre, wird von der Genossenschaft Y. bestritten und kann die Mieterin nicht nachweisen. Da die Mieterin dazu auch keine Beweismittel offeriert, kann auf die entsprechende Behauptung nicht abgestellt werden. Mithin war die Produktion der Paletten vom Mietverhältnis nicht umfasst. Gerade diese verursacht aber offenbar den grossen Lärm, wegen welchem die Mieterin zahlreiche Absagen für Ersatzobjekte erhalten hat. Mithin stellt die Mieterin nicht nur im Umfang, sondern auch bezüglich der Eigenschaften an ein Ersatzobjekt erhöhte Anforderungen. Suchbemühungen nach einem solchen Gewerberaum können für die Interessenabwägung im vorliegenden Erstreckungsverfahren nicht berücksichtigt werden, da sie über das hinausgehen, was im Mietvertrag zwischen den Parteien vereinbart worden ist. Schliesslich beziehen sich die meisten der von der Mieterin vorgebrachten Anfragen auf den Kauf und nicht auf die Miete eines Ersatzobjekts. Die Miete wäre aber wohl kurzfristiger möglich und für die Mieterin zweckmässiger gewesen, zumal sie aufgrund des kurzen befristeten Mietvertrages frühzeitig um ein Ersatzobjekt hat besorgt sein müssen.

3.5.3 Zusammenfassend hat die Mieterin die schwierigen Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Geschäftsräume nicht genügend dargetan. Da ihre Suchbemühungen sodann überwiegend auf Objekte zielen, die über die Eigenschaften des streitgegenständlichen Mietobjekts hinausgehen, können sie bei der vorliegenden Interessenabwägung nicht berücksichtigt werden. Im Ergebnis sprechen das Kriterium der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume und die Suchbemühungen der Mieterin gegen eine längere Erstreckung.

3.6 Schliesslich sind der Eigenbedarf des Vermieters sowie die Dringlichkeit dieses Bedarfs für die Interessenabwägung relevant (Art. 272 Abs. 2 lit. d OR).

Die Genossenschaft Y. muss nachweisen, dass sie einen konkreten und aktuellen Eigenbedarf am Mietobjekt hat. Auf dem streitgegenständlichen Grundstück möchte die Genossenschaft Y. einen Neubau mit einem [...] Super-

markt, Lagermöglichkeiten, einem Agrarabholager, Ausstellungs- und Produktionsflächen, Büroverwaltungen sowie Parkplätzen für den Betrieb des Ladens realisieren. Dafür reichte sie Anfang April 2018 das Baugesuch ein, welches am 13. und 20. April 2018 im Amtsblatt publiziert wurde. Die Genossenschaft Y. legte an der Parteibefragung dar, dass sie für die Sanierungsarbeiten einen Businessplan erstellt hat, was für ein Bauprojekt dieser Grösse plausibel ist und von der Mieterin auch nicht bestritten wurde. Mit dem Beginn der Bauarbeiten rechnet die Genossenschaft Y. per Mitte Mai 2018. Die Eröffnung des [...] Ladens ist für so rasch als möglich bzw. allerspätestens Ende 2018 geplant, was die Mieterin ebenfalls nicht bestreitet. Nachvollziehbar ist schliesslich die Aussage der Genossenschaft Y., dass bei den Abbrucharbeiten die Zufahrten zum Gelände stark eingeschränkt würden und bei einem Verbleib der Mieterin im Mietobjekt für die Dauer der Bauarbeiten das Projekt viel aufwändiger würde und Mehrkosten entstehen würden, weil man auf die Mieterin Rücksicht nehmen müsste. Entgegen der Ansicht der Mieterin ist es in dieser Situation nicht an der Genossenschaft Y., «allfällige Alternativszenarien durchzuspielen», sondern die Mieterin hätte substantiiert darlegen und beweisen müssen, dass ihr Verbleib im Mietobjekt das Bauprojekt nicht beeinträchtigen oder verteuern würde. Zu berücksichtigen ist immerhin, dass die Genossenschaft Y. im Zeitpunkt der Hauptverhandlung vom 27. April 2018 unstrittig noch nicht über die Baufreigabe verfügte. Die Parteien brachten indes nicht vor, es seien Einsprachen gegen das Bauprojekt erfolgt oder noch zu erwarten. Gründe, weshalb die Genossenschaft Y. ihr Bauprojekt nicht plangemäss wird realisieren können, sind denn auch nicht ersichtlich. Zusammengefasst ist demnach festzuhalten, dass die Genossenschaft Y. einen konkreten und aktuellen Eigenbedarf am Mietobjekt hat, dieser aber nicht so dringlich ist, dass eine Erstreckung nicht in Betracht käme.

3.7 Im Ergebnis sprechen insbesondere die Umstände des Vertragsabschlusses, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien und die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume gegen eine Erstreckung. Die kurze Dauer des Mietverhältnisses spricht grundsätzlich ebenfalls gegen eine besondere Härtesituation, da der Umzug für die Mieterin keine spürbare Umstellung bedeutet. Andererseits blieb der Mieterin wenig Zeit für die Suche nach einem geeigneten Ersatzobjekt. Darin ist eine gewisse Härte zu erblicken. Sodann hat die Genossenschaft Y. ihren Eigenbedarf nachgewiesen, welcher sich aber frühestens ab Mai 2018 akzentuiert. Unter Abwägung sämtlicher Kriterien erscheint es gerechtfertigt, das am 31. Dezember

2017 endende Mietverhältnis zwischen den Parteien um vier Monate, d.h. bis zum 30. April 2018, zu erstrecken. Schliesslich rechtfertigen die Interessen der Parteien lediglich eine einmalige – und nicht wie von der Mieterin beantragt eine erstmalige – Erstreckung des Mietverhältnisses: dies insbesondere, da der Genossenschaft Y. selbst im Falle des möglichen Fortbestandes der Härte für die Mieterin eine weitere Erstreckung nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_62/2010 vom 13. April 2010 E. 6.1.2 f.). Mithin endete das Mietverhältnis zwischen den Parteien definitiv am 30. April 2018.

---

Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 5. Juni 2018 (EV 2018 32), bestätigt mit Entscheid des Obergerichts Zug, 1. Zivilabteilung, vom 20. Dezember 2018 (Z1 2018 18)

---

# Abkürzungsverzeichnis

## Abbreviations

## Abbreviazione

<b>ACJC</b>	Référence des arrêts de la Cour de justice de Genève	<b>CR CO I</b>	Commentaire Romand, Code des obligations I
<b>aCO</b>	Ancien Code des obligations	<b>Cst.</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
<b>AJP</b>	Aktuelle juristische Praxis	<b>DB</b>	Revue du droit du bail
<b>ATF</b>	Arrêts du Tribunal fédéral suisse	<b>DTF</b>	Decisioni del Tribunale federale svizzero
<b>BGE</b>	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>EMRK</b>	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
<b>BGer</b>	Bundesgericht	<b>FF</b>	Feuille fédérale
<b>BJM</b>	Basler Juristische Mitteilungen	<b>JdT</b>	Journal des tribunaux KUKO OR Kurzkommentar OR
<b>BK</b>	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht	<b>LCAP</b>	Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de; logements du 4 octobre 1974 (RS 843); Legge federale che promuove la costruzione d'abitazioni e l'accesso alla loro proprietà del 4 ottobre 1974 (RS 843)
<b>BSK</b>	Basler Kommentar	<b>LCBD</b>	Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale du 23 juin 1995 (RS 221.213.15)
<b>BV</b>	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)	<b>LDTR</b>	Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (Canton de Genève)
<b>CC</b>	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210); Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)	<b>LEF</b>	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889 (RS 281.1)
<b>CCA</b>	Camera civile del Tribunale di appello (TI)	<b>LGL</b>	Loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires (RS GE I 4 05)
<b>CCR</b>	Contrat-cadre romand de baux à loyer	<b>LOG</b>	Loi sur le logement du 21 mars 2003 (RS 842)
<b>CdB</b>	Cahiers du bail	<b>LOJ</b>	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (Canton de Genève)
<b>CEDH</b>	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)	<b>LP</b>	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
<b>CEDU</b>	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (RS 0.101)	<b>LPrA</b>	Legge sulla promozione dell'alloggio del 21 marzo 2003 (RS 842)
<b>CHK</b>	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht	<b>LTF</b>	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.10)
<b>CO</b>	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220); Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (RS 220)		
<b>Cost.</b>	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (RS 101)		
<b>CPC</b>	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272); Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (RS 272)		
<b>CPra Bail</b>	Commentaire pratique Droit du bail à loyer		
<b>CR CC I</b>	Commentaire Romand, Code civil I		

<b>mp</b>	Mietrechtspraxis: Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht	<b>ZGB</b>	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
<b>MRA</b>	MietRecht Aktuell	<b>ZK</b>	Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
<b>NZZ</b>	Neue Zürcher Zeitung	<b>ZMP</b>	Zürcher Mietrechtspraxis
<b>OBLF</b>	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)	<b>ZPO</b>	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
<b>OLAL</b>	Ordinanza concernente la locazione e l'affitto di locali d'abitazione o commerciali del 9 maggio 1990 (RS 221.213.11)	<b>ZR</b>	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
<b>OR</b>	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)	<b>ZSR</b>	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
<b>Plädoyer</b>	Plädoyer: Magazin für Recht und Politik		
<b>Plaidoyer</b>	Plaidoyer : Revue juridique et politique		
<b>Pra</b>	Die Praxis		
<b>RDS</b>	Revue de droit suisse		
<b>RGL</b>	Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires (RS GE I 4 05.01)		
<b>recht</b>	Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis		
<b>RSJ</b>	Revue Suisse de Jurisprudence		
<b>SchKG</b>	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889 (SR 281.1)		
<b>SJ</b>	La Semaine judiciaire		
<b>SJZ</b>	Schweizerische Juristen-Zeitung		
<b>SVIT-K</b>	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft - Kommentar zum schweizerischen Mietrecht		
<b>TF</b>	Tribunal fédéral; Tribunale federale		
<b>VMWG</b>	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11)		
<b>WEG</b>	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (SR 843)		
<b>WFG</b>	Wohnraumförderungsgesetz vom 21. März 2003 (SR 842)		
<b>ZBJV</b>	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins		